GEWÄSSER UND GEWÄSSERBENUTZUNG

Eine Untersuchung wasserrechtlicher Grundbegriffe, insbesondere der Versuch einer Abgrenzung der Gewässerbenutzung von anderen Gewässereinwirkungen unter Zugrundelegung des Wasserhaushaltsgesetzes und der neuen Landeswassergesetze.

HANS ROLF

1974

Dissertationsdruck D. Hudak, 8 München 40, Clemensstr. 69, Tel. 3001065

GEWÄSSER UND GEWÄSSERBENUTZUNG

Eine Untersuchung wasserrechtlicher Grundbegriffe, insbesondere der Versuch einer Abgrenzung der Gewässerbenutzung von anderen Gewässereinwirkungen unter Zugrundelegung des Wasserhaushaltsgesetzes und der neuen Landeswassergesetze.

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

HANS ROLF

aus Telgte

1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter :	Prof. Dr. Scupin
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Achterberg
Dekan :	Prof. Dr. Kupisch
Tag der mündlichen Prüfung:	2o.12.1974

I N H A L T S A N G A B E

Seite

Teil I: Einleitung

1. Bedeutung des Wassers als Naturschutz 1
2. Vereinheitlichung des Wasserrechts 4
3. Abgrenzung des Themas 1o

Teil II: Gewässer im Sinne des WHG und der Landeswassergesetze

I. Gewässer ein Rechtsbegriff 13

1. Abgrenzung zum naturwissenschaftlichen Gewässerbegriff 13
2. Gewässer eine öffentliche Sache 17
3. Verfassungsrechtliche Auslegungsschranken 22
   a) Problemstellung 22
   b) Verbot der gesetzgeberischen Willkür. 24
   c) Gebot der Verhältnismäßigkeit 25
4. Begrenzung zum Zweck der Wassergesetze . 28
   a) Der sachliche und räumliche Geltungsbereich des WHG 29
      aa) Die Regelung des § 1 WHG 29
      bb) Der Gesetzeszweck der "Ordnung des Wasserhaushalts" 3o
      cc) Anlaß und Motive des 3. ÄndG vom 15.8.1967 32
   b) Allgemeine Abgrenzungsmerkmale 34
      aa) Die verschiedenen Ordnungszwecke 35
      bb) Spezifische Ordnungsfähigkeit der Wasseransammlungen 36
      cc) Die wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit 38
         aaa) Das quantitative Moment 39
         bbb) Das qualitative Moment 41

Seite

II. Die Regelung nach dem WHG 43

1. In Betten stehendes oder fließendes Wasser 43

2. Aus Quellen wild abfließendes Wasser 45

a) Begriff der Quelle 45

b) Künstliche Erschließung und natürliches Zutagetreten von Grundwasser 47

c) Quelle und Quellgrundstück 52

3. Küstengewässer 55

4. Grundwasser 55

5. Gewässer und Kanalisation 62

III. Die Regelung nach den Landeswassergesetzen 69

1. Bestätigung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs 7o

2. Ausfüllende und ergänzende Regelung 73

a) Nicht aus Quellen wild abfließendes Wasser 74

b) Kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung 77

aa) Gesetzliche Regelung 77

bb) Auslegung dieser Regelung 78

c) Teiche und andere kleine Gewässer 81

aa) Gesetzliche Regelung 81

bb) Auslegung dieser Regelung 82

d) Heilquellen 85

e) Talsperren, Wasserspeicher und Rückhaltebecken 87

f) Bundeswasserstraßen 88

3. Einteilung der Gewässer 89

a) Grund der Einteilung 89

b) Art der Einteilung 9o

Seite

aa) Natürliche und künstliche Gewässer 9o

bb) Stehende und fließende Gewässer . 91

cc) Gewässerordnungen 91

dd) Baden- Württembergische Sonderregelung 92

c) Rechtliche Bedeutung der Einteilung 92

IV. Örtliche Abgrenzung des Gewässers 94

1. Ausgangspunkt und Methode der Abgrenzung 94

2. Funktionelle Einheit von Wasser, Bett und Ufer 95

a) Wasser und Gewässerbett 95

b) Gewässer und Gewässerufer 97

3. Untergrund und Luftraum 99

V. Entstehung, Untergang und Änderung eines Gewässers 1o2

1. Durch Naturvorgänge oder menschliche Handlungen 1o3

a) Entstehung und Untergang eines Gewässers 1o3

b) Eigenschaftsänderung 1o4

aa) Verlust der Sonderstellung nach den §§ 1 der Landeswassergesetze. 1o4

bb) Änderung der Gewässerart ..... 1o5 a

cc) Umfängliche Änderung des Gewässers 1o6

2. Durch Rechtsakt 1o7

a) Gewässerausbau 1o7

b) Feststellung der Uferlinie 1o8

c) Einbeziehung in eine gemeindliche Kanalisation 1o9

Seite

Teil III: Der Begriff der Gewässerbenutzung und die gesetzlichen Benutzungstatbestände als Ordnungsmittel

Abschnitt A: Die gesetzliche Regelung und ihre Auslegung in Rechtsprechung und Literatur 111

I. Die gesetzliche Regelung 111

1. Der gewählte gesetzestechnische Weg 111
2. Die Regelung des WHG 114
3. Die Regelung der Landeswassergesetze 115
   a) Inhaltsgleiche Wiederholung des bundesrechtlichen Benutzungskatalogs 115
   b) Ergänzung der bundesrechtlichen Regelung 116

II. Auslegung der gesetzlichen Benutzungsregelung 117
1. Das Verbot des § 2 I WHG 117
2. Spezialität und Ausschließlichkeit als Benutzungstatbestände 12o
3. Die Benutzungstatbestände des WHG 122
   a) Die sogenannten echten Benutzungen des § 3 I WHG ... 122
      aa) Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern 122
      bb) Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern 123
      cc) Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern 123
      dd) Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer 125
      ee) Einbringen und Einleiten von Stoffen in Küstengewässer 127

Seite

ff) Einleiten von Stoffen in das Grundwasser .....127 d
gg) Entnehmen, Zutagefördern, -leiten und Ableiten von Grundwasser 128

b) Die sogenannten unechten Benutzungen des § 3 II WHG 129

aa) Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser 13o

bb) Die Maßnahmen des § 3 II Z. 2 WHG 131

c) Nicht in § 3 WHG enthaltene Benutzungstatbestände 132

4. Die Benutzungstatbestände der Landeswassergesetze 133

a) Die Sonderregelung der §§ 13 BadWürtt-und 15 HessWG 133

b) Andere mögliche Benutzungstatbestände 14o

III. Einwirkungsverbote außerhalb des Wassernutzungsrechts im engeren Sinne 141

1. Das Wasserordnungsrecht besonderer Art 141

2. Genehmigungspflichtige Maßnahmen .. 142

a) Die Sonderregelung des § 15 HambWG 142

b) Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern 144

c) Wasserversorgungs-und Abwasseranlagen 147

d) Stauanlagen 148

e) Lagern und Befördern wassergefährdender Stoffe 149

3. Anzeigenpflichtige Maßnahmen 151
a) Erdaufschlüsse 151
b) Auslaufen und Versickern wassergefährdender Stoffe 152

4. Verordnungsvorbehalt der Wassergesetze für atypische Situationen.... 153

Seite

IV. Ausschluß des Wassernutzungsrechts im engeren Sinne 155

1. Gewässerausbau und Gewässerunterhaltung . 155

a) Unterhaltung eines oberirdischen Gewässers 155

b) Ausbau eines oberirdischen Gewässers . 16o

2. Schiffahrt 16o

3. Benutzung zum Zwecke der Fischerei 163

Abschnitt B: Die ungeschriebenen Merkmale des Rechtsbegriffs Gewässerbenutzung 166

I. Benutzung als Einwirkung auf Gewässer .. 166

1. Grammatikalische Interpretation des Wortes Benutzung 166

2. Die Benutzungshandlungen 168

a) Benutzung durch Tun 168

b) Benutzung durch Unterlassen 172

3. Andere Gewässereinwirkungen 173

a) Durch Anlagen 173

b) Durch Naturvorgänge 174

4. Der Benutzungsgegenstand 174

a) Wasser als Benutzungsgegenstand in verschiedener Hinsicht 175

aa) Quantitativ 175

bb) Veränderung der örtlichen Lage 177

cc) Qualitativ 177

b) Andere Gewässerbestandteile als Benutzungsgegenstände 178

c) Die wasserwirtschaftlich begründete Gewässereinwirkung 179

Seite

5. Die Einwirkungsrichtung der sogenannten echten Benutzungen 181

a) Das Merkmal der "objektiven Finalität". 181

b) Gewässereinwirkung und Gewässerinanspruchnahme 183

II. Unmittelbarkeit der Einwirkung bei den sogenannten echten Benutzungen 184

1. Problemstellung 184

2. Die Rechtslage unter der Geltung des PrWG von 1913 185

3. Das Merkmal der Unmittelbarkeit in Rechtsprechung und Literatur 186

a) Die Vorsatztheorie 187

b) Die objektive Theorie 189

4. Versuch einer Neuorientierung : Theorie der adäquaten Verursachung 191

a) Unmittelbarkeit als konstitutives Element des Benutzungsbegriffs 191

aa) Notwendigkeit der Beschränkung auf relevante Gewässereinwirkungen 193

bb) Benutzungshandlung und Benutzungserfolg 193

b) Arten der Mittelbarkeit der Gewässereinwirkung 194

c) Grad der erforderlichen Unmittelbarkeit 196

d) Rechtfertigung des spezifischen Unmittelbarkeitserfordernisses 199

aa) Eigenart des Benutzungsverbots des § 2 WHG 199

bb) Haftung des Gewässerbenutzers 2o1

Seite

III. Tatbestandsstruktur der sogenannten unechten Benutzungen 2o4

1. Notwendigkeit einer Ausdehnung relevanter Benutzungshandlungen auf mittelbare Einwirkungen 2o4

2. Bezugspunkte und Faktoren der gesetzlichen Regelung 2o5

3. Die nur scheinbar unechte Benutzung des § 13 I Nr. 3 Bad WürttWG 2o6

4. Die abstrakt- typisch wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen 2o7

a) Freilegung von Grundwasser gem.§ 13 I Nr. 4 BadWürttWG 2o7

b) Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser gem. § 3 II Nr. 1 WHG 211

c) Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG 212

5. Die adäquat wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen d.§ 13 I Nr. 5 BadWürttWG 216

6. Die subjektiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen d.§ 3 II Nr. 1 WHG ... 219

7. Die fiktiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen der §§ 13 I Nr.1,2 Bad-Württ-. 15 I Nr. 1,2 HessWG 22o

8. Vergleichende Gegenüberstellung der Tatbestände 222

IV. Andere Benutzungsmerkmale und das Verhältnis der Nutzungstatbestände zueinander 225

1. Einwirkungsschwere und- dauer 225

a) Die Regelung des § 3 II Nr. 2 WHG 225

b) Die Regelung des § 13 I Nr.4 BadWürttWG 227

c) Entspr.Anwendung dieser Regelung auf andere Tatbestände 228

d) Die summierte Einwirkung 231

Seite

2. Subjektive Benutzungselemente 232
a) Vorsatz und Fahrlässigkeit 232
b) Andere subjektive Benutzungselemente 237

3. Verhältnis der Benutzungstatbestände zueinander 238

a) Verhältnis der rechten zu den unechten Benutzungen 238
b) Die Sonderregelung des § 3 II Nr. 2 WHG ... 241
c) Ausschließlichkeit d. Benutzungstatbest.... 242

Abschnitt C: Erkenntnisse und Schlußfolgerungen 246

I. Abgrenzung des Verbotsraumes des § 2 WHG ... 246

1. Verfassungswidrigkeit der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt-, 15 I Nr. 1,2 HessWG 246

a) Grundlagen und Grenzen d. Gesetzgebungsrechts der Länder 247

b) Respektierung der Grundentscheidungen der Bundesgesetzgeber 248

aa) Vergleichbarkeit der sonstigen Gewässerbenutzungen mit denen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt-,15 I Nr.1,2 HessWG 248

bb) Anwendbarkeit der gesetzlichen Rechtsfolgen der Gewässerbenutzung auf diese Tatbestände 25o

2. Verfassungswidrigkeit des § 13 I Nr. 3 BadWürttWG 253

3. Der besondere Benutzungstatbestand der §§ 26 II, 32 b 34 II WHG 253

a) Problemstellung 253
b) Bisherige Lösungsversuche 254
c) Eigener Lösungsvorschlag 256
aa) Vergleich des § 3 II Nr. 2 mit den §§ 26 II, 34 II WHG 256

Seite

bb) Verschiedenheit der Verbote der §§ 26 I, 34 I und 26 II, 34 II WHG 258

cc) Lagern, Ablagern und Befördern als besonderer Benutzungstatbestand 259

II. Vorschläge zur gesetzlichen Novellierung der Benutzungsregelung 262

1. Klare Begrenzung des Verbotsraumes des § 2 WHG 262

2. Die "Unmittelbarkeit" der sogenannten echten Benutzungen 262

3. Sonstige Änderungen der Benutzungsregelung 264

4. Entwurf neuer Benutzungstatbestände . 265

Teil IV: Zusammenfassung 268

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

1. Abt, Margot — Das haftungsrechtliche Problem der mittelren Einleitung. RdWaWi Heft er S. 1o1 ff.

2. " — Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden. ZfW 1962 S. 159 f.

3. " — Wasserrecht und Abwasserverregnung. ZfW 1965 S. 26 ff.

4. " — Das Wasserhaushaltsgesetz und die Ablagerung von Müll. KommW 1962 S. 145 ff.

5. " — Gewässer und Entwässerungsleitungen. ZfW 1964, S. 21o ff.

6. " — Für eine Reform des § 22 WHG. NJW 1965 S. 187 ff.

7. " — Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung. 123. Kolloquium vom 9.6.1967

8. Altherr — Die rechtliche Behandlung des Grundwassers unter spezieller Berücksichtigung des zürcherischen Rechts und vergleichender Heranziehung der deutschen Landeswassergesetze. Zürcher Dissertation 1934

9. Arndt, W. — Wasser und Gewässer außerhalb des Wasserrechts. WuE 1964 S. 33 f.

1o. Bartholomeyczik, Horst — Die Kunst der Gesetzesauslegung. 1951

11. Bender, Bernd — Sozialbindung und Enteignung. (Stand der Abgrenzungsversuche des BGH und des BVerwG). NJW 1965 S. 1297 ff.

12. Berber, Friedrich — Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts. 1955

13. Blümel, Willi — Das Zusammentreffen von Planfeststellungen. DVBl 196o, S. 697 ff.

14. Bockelmann, Paul — über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme. 1949

15. Boehme — Zur Haftung der Gemeinden für Abwasserschäden BadWürttVBl 1962 S. 49 ff.

16. Burghartz, Franz-Josef — Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. 1962

17. Burghartz, ders. — Zur Ausfüllung von Rahmengesetzen des Bundes durch die Länder. WaWi 1958 S. 174

18. Czychowski, Manfred — Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 16.7.1965 -IV C 54/65-. ZfW 1965 S. 116 ff.

19. Dahme, H. — Die rechtliche Einordnung der Stauanlagen, Talsperren, Hochwasserspeicher und Überschwemmungsgebiete im neuen Landeswasserrecht WuB 1960 S. 424 ff.

20. Derpa — Reinhalteordnungen und Klassifizierung der Gewässer. 9o. Kolloquium vom 11.1.1963

21. Drews-Wacke — Allgemeines Polizeirecht. 1961

22. Dürig, Günter — Der Grundsatz der Menschenwürde. AöR 81 S. 717 ff.

23. Engert, Jochen — Wasserhaushaltsgesetz -Pipelinegesetz-. DVBl. 1965 S. 6 ff.

24. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. AT 1952

25. Ernst, Werner — Der Plan im Verwaltungsrecht. DVBl 1960 S. 344 ff.

26. Eymann-Schubert, Kommentar zum BayWG von 1907. 1927- 1928 Band I, II

27. Feldt, Leo Georg — Kommentar zum hessischen Wassergesetz. 1964

28. Fikentscher, Wolfgang — Lehrbuch des Schuldrecht. 1965

29. Forsthoff, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Auflage 1958

3o. Friesecke, Albrecht — Recht der Bundeswasserstraßen. 1962

31. " — Rangordnung von Benutzungen an Wasserläufen. Bonner Dissertation 1959

32. " — Der Plan im neuen Wasserrecht. DVBl. 1961 S. 8o9 ff.

33. " — Strafbare Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft. NJW 1965 S. 19o f.

34. Fritzsche, Friedrich — Das Wasserrecht in Bayern. Kommentar zum BayWG von 1962 1965

35. Gallas, Wilhelm — Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. ZStW 1967 S. 1 ff.

36. Gieseke, Paul — Sozialbindung des Eigentums im Wasserrecht. Festschrift für H. Lehmann S. 3o8 ff. 1956

37. " — Stand der wasserrechtlichen Entwicklung in der Bundesrepublik. RdWaWi Heft 12 S. 9 ff.

38. " — Haftung für Grundwasserverunreinigung durch Auslaufen von Öl aus einem Tankwagen. ZfW 1964 S. 179 ff.

39. " — Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung. DÖV 1958 S. 324 ff.

4o. " — Die Unterhaltung von Gewässern nach dem WHG. WuB 1958 S. 58 ff.

41. " — Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht. ZfW 1962 S. 4 ff.

42. " — Wasserrecht und Wasserwirtschaft. ZfW 1964 S. 1 ff.

43. " — Rechtseinheit im Wasserrecht. RdWaWi Heft 9 S. 7 ff.

44. " — Benutzung oder Ausbau von Gewässern. ZfW 1963 S. 357 ff. 97. Kolloquium vom 15.11.1963

45. " Uneinheitlichkeit des Rechts bei der Bekämpfung der Ölverschmutzung.
ZfW 1964 S. 218

46. " Die Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes durch Ländergesetze.
RdWaWi Heft 4 S. 29 ff.

47. " Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 1o.12.1965 in ZfW 1966 S. 1o3 f.

48. " Veränderung der Abwasserbeschaffenheit §§ 3 II, 22, 24, 26 II, 27, 34, 38, 41 WHG.
89. Kolloquium vom 3o.11.1962

49. Gieseke-Wiedemann, Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz.
2. Auflage 1971

5o. Gnüg Das zweite Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes -Pipelinegesetz-.
DVBl. 1965 S. 149

51. Grimme Die neue Wassergesetzgebung im Land Berlin.
JR 196o S. 2o1

52. Hamann Kommentar zum Grundgesetz.
1956

53. " Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
2. Auflage

54. Hammer, Wilhelm Beiträge zum schweizerischen Quellen- und Grundwassergesetz.
Berner Dissertation 1942

55. Harster-Cassimir Kommentar zum bayrischen Wassergesetz von 19o7.
19o8

56. Helfritz Der Meeresstrand im preußischen Recht der Gegenwart in "Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. "
Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Verwaltungsgerichtshofes
1925 S. 62 ff.

57. Heling, Reinhold Privatflüsse und private Wassernutzungsrechte.
Hamburger Dissertation 1955

58. Heppner, Joseph Das Quellenrecht in der neueren deutschen Wassergesetzgebung.
Erlanger Dissertation 1914

59. Hoffmann, Otto Bestimmungen über den Schutz des Grundwassers gegen Verunreinigung durch Ablagerung von Müll, Schutt, Abfallstoffen und dergleichen.
GWF 1962 S. 568 ff.

60. Holtz-Kreutz-Schlegelberger — Kommentar zum Preußischen Wassergesetz. Band I und II. 1955

61. Huber, Ernst- Rudolf — Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.11.1951 in ArchöR 78 (1952/53) S. 113

62. " — Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2. Auflage Band 1, 1953

63. Hundertmark, Dieter — Die Rechtstellung der Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht. Göttinger Dissertation 1967

64. Ipsen, Hans Peter — Gleichheit. Neumann-Nipperdey-Scheuner. Die Grundrechte II, S. 111 ff. 1954

65. Jäger — Rechtsfragen der Erlaubnis und der Bewilligung, ZfW 1964 S. 44 ff. 1o1. Kolloquium vom 7.2.1964

66. Jerusalem, Franz W. — Kritik der Rechtswissenschaft. 1948

67. Jesch, Dietrich — Gesetz und Verwaltung. 1961

68. " — Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AöR 82 S. 168 ff.

69. Kaiser, Paul — Erlaubnis und Bewilligung, Anlagengenehmigung baurechtliche Genehmigung. ZfW 1963 S. 2o8 ff.

7o. " — Die Verleihung von Rechten am Wasserlauf und an den nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässern nach dem PrWG von 1913 unter Berück sichtigung der hierzu ergangenen Entscheidungen, insbesondere soweit es sich um die Entnahme von unterirdischem Wasser handelt. Düsseldorf 1957, Selbstverlag zitiert: Kaiser, Die Verleihung von Rechten am Wasserlauf.

71. Kalb — Der Sachbegriff im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Münchener Dissertation 1954

72. Kau — Verpflichtungen des industriellen Gewässerbenutzers im Interesse einer geordneten Wasserwirtschaft. Bericht über den IWL- Kongreß 1966 S.61 ff.

73. Keilhack — Lehrbuch der Grundwasser-und Quellenkunde. 2. Auflage 1917 (Geologisches Lehrbuch).

74. Keune, Heinz — Die schädliche Veränderung eines Gewässers im Sinne von § 27 WHG. WLB 1962 S. 538 ff.

75. " — Die rechtliche Situation der Ablagerung und Beseitigung von gewerblichen Abfällen. DVBl. 1962 S. 93 ff.

76. Kirdorf — Rechts -und Vollzugsfragen bei der Abfallbeseitigung. Bericht über den IWL- Kongreß 1966 S. 197 ff.

77. Klinge — Der Begriff der Wasserwirtschaft. ZfW 1964 S. 157 ff.

78. Köhler, Helmut — Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Wasserrecht und die Verwaltungszuständigkeit des Bundes auf den Bundeswasserstraßen. Göttinger Dissertation 1954

79. " — Der wasserwirtschaftliche Betriebsbeauftragte. 1961

8o. " — Gewässer, Bewilligung und Gewässereigentum. Eine Studie 1959, vervielfältigt.

81. Kohlhaas, Max — Das Strafrecht und die Gewässer. ZfW 1964 S. 49 ff.

82. Kolb, Fritz — Kommentar zum Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts 1958

83. Kottenberg — Kommentar zur Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen. 1963

84. Turegg-FrH. von Kraus — Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 4. Auflage 1962

85. " — Staatsrecht des Bundes und der Länder. 1956

86. " — Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. 1955

87. Krüger, Herbert — Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung. Heft 3 der Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industrie-Wasserwirtschaft im Bundesverband der Deutschen Industrie, 1957

88. " — Das neue Wasserrecht als Mittel zur Ordnung des Wasserhaushalts. Bericht über die IWL- Tagung 1961 S. 38 ff.

89. " — Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S.D.Art 19 GG DÖV 1955 S. 597 ff.

90. " Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik.
DÖV 1956 S. 550 ff.

91. " "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt".
DÖV 1958 S. 673 ff.

92. " Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 28.12.1965 -2 Ws 116/65-
NJWn 1966 S. 991

93. Külz, Helmut Das"Wohl der Allgemeinheit" im Wasserhaushaltsgesetz.
Festschrift für Paul Gieseke 1958 S. 187 ff.

94. " Das Recht der Wasserwirtschaft in Rechtsprechung und Verwaltung -Erfahrungen und Erwartungen-.
Bericht über den IWL- Kongreß 1966 S. 41 ff.

95. Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
Band II, 5. Auflage

96. " Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe.
Vers. R 1963 S. 594 ff.

97. Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz.
DVBl. 1951 S. 193 ff.

98. " Strukturprobleme der modernen Demokratie.
1958

99. Leipziger Kommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Herausgegeben von Jagusch und Mezger.
8. Auflage 1957/58

100. Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht.
Habilitationsschrift 1961

101. " Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes.
DVBl. 1958 S. 524 ff.

102. Lüders, Karl Zur Erläuterung des Begriffs " oberirdisches Gewässer" im Wasserhaushaltsgesetz.
WuB 1958 S. 347 ff.

103. " Wo endet an der Nordseeküste der Geltungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes ?
WuB 1959 S. 189 ff.

104. " Der örtliche Geltungsbereich des Niedersächsischen Wassergesetzes an der Nordseeküste.
WuB 1963 S. 223 ff.

1o5.	v.Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz. 2. Auflage
1o6.	Maunz. Theodor	Deutsches Staatsrecht. 11. Auflage
1o7.	"	Hauptproblem des öffentlichen Sachenrechts 1933
1o8.	Mayer, Otto	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band 1, 1883; Band 2, 1885
1o9.	Mayer, ders.	Eisenbahn- und Wegerecht. AöR 16 S. 38 ff.
11o.	"	Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums. AöR 21 S. 499ff.
111.	Mayer,Hellmuth	Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil 1953
112.	Mezger, Edmund	Strafrecht (Ein Studienbuch). Allgemeiner Teil 1952, 4. Auflage
113.	Michaelis,Paul	Zur wasserrechtlichen Haftung der Gemeinden. -Ein Diskussionsbeitrag - GWF 1961 S. 726 ff.
114.	Müller, Rudolf	Strafverfolgung der Vergehen gegen das Bundeswasserhaushaltsgesetz. NJW 1961 S. 1351 ff.
115.	Niese	Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung. DRiZ 1951 S. 221 ff. DRiZ 1952 S. 21 ff.
116.	Ennique-Gimbernat- Ordeig	Finalität und Vorsatz. NJW 1966 S. 533 f.
117.	Otto, Franz	Die Haftung des Kanalisationsbenutzers nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes. DVBl. 1963 S. 323 f.
118.	Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 197o
119.	Peters, H.	Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße. 1954
12o.	Pruns, F.	Das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes" WuE 197o, 21 ff.
121.	Rehder,Joachim	Kommentar zum niedersächsischen Wassergesetz. 4. Auflage 1971

122. " Der örtliche Geltungsbereich des niedersächsischen Wassergesetzes an der Nordseeküste. WuB 1963 S. 338 f.

123. " Anmerkung zum Urteil des Verwaltungsgerichts Oldenburg vom 7.8.1963 -II A 79/625- ZfW 1964 S. 1o7

124. Renaud, Klaus Die Bewilligung und Erlaubnis nach dem Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung des Landeswassergesetzes von Rheinland- Pfalz. Mainzer Dissertation 1965

125. Riederer-Sieder, Kommentar zum bayerischen Wassergesetz von 19o7 1957

126. Rohde, Herbert Rechtsfragen zum Wasserhaushaltsgesetz und die Auswirkungen einer Haftung nach diesem Gesetz auf bestehende und zukünftige KFZ- Haftpflicht- und Haftpflichtversicherungsverträge. VersR 1962 S. 1o3 ff.

127. Roth,Horst Schutz der Küstengewässer vor nachteiligen Einwirkungen. Der Landkreis 197o, 335 f.

128. Roxin, Claus Zur Kritik der finalen Handlungslehre. ZStW S. 15 ff.

129. Salzwedel, Jürgen Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht. ZfW 1962 S. 73 ff.

13o. " Der Rechtsweg im Wasserrecht. RdWaWi Heft 12 S. 5o ff.

131. " Wasserrecht und polizeiliche Generalklausel. RdWaWi Heft 13 S. 35 ff.

132. " Der Entwurf des Bundeswasserstraßengesetzes und die Länderkompetenzen. ZfW 1965 S. 92 ff. 111. Kolloquium vom 2.7.1965

133. Samogyar Der Schutz der oberirdischen Gewässer vor Verunreinigung. Göttinger Dissertation 196o

134. Sax.Walter Grundsätze der Strafrechtspflege. Bettermann-Nipperdey-Scheuner III 2. Halbband 1959 S. 9o9 ff.

135. Schallenberg Die Widmung. Heft 13 der Schriftenreihe der westfälischen Verwaltungs-und Wirtschaftsakademie, 1955

136. Schenkel, Karl Das Badische Wasserrecht. 2. Auflage 19o2

137. Scheuner, Ulrich Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen. Festschrift für Paul Gieseke 1958 S.73 ff.

138. Schlegelberger — Mittelbare Ableitung und Talsperrenklausel nach dem Preußischen Wassergesetz. (Ein Vortrag, gehalten vor dem Reichsverband der Deutschen Wasserwirtschaft e.V.) Mitteilungen des Reichsverbandes der Deutschen Wasserwirtschaft 1934 Nr. 35

139. Schmitz, Wilhelm — Die mittelbare Einleitung von Stoffe in ein Gewässer in öffentlich-rechtlicher,zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sicht. Diss. Münster 1971

14o. Schönke-Schröder, — Strafgesetzbuch Kommentar. 9. Auflage 1959

141. Schwarz-Dreher — Kommentar zum Strafgesetzbuch. 23. Auflage 1962

142. Scupin, Hans Ulrich — Polizeirecht Braunschweig 1957

143. Sieder,Frank — Föderalistisches Wasserrecht. ZfW 1963 S. 2o3 ff.

144. Sieder-Zeitler — Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz. 1965

145. Sievers,Rudolf — Wasserrecht. Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band VI, 1. Halbband 1964

146. " — Zum Wasserhaushaltsgesetz der Bundesrepublik, Festschrift für Paul Gieseke, 1957, S. 262 f.

147. Strupp-Schlochauer, — Wörterbuch des Völkerrechts. Band III, 196o- 1962

148. Welzel,Hans — Das neue Bild des Strafrechts. 3. Auflage 1957

149. " — Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft. 1964

15o. Wernicke, Konrad — Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz. ZfW 1963 S. 27o ff.

151. " — Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 24.7.1962 -3 Ws 213/62 - ZfW 1963 S. 318 f.

152.	v.Wick, Georg	Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden. ZfW 1962 S. 94 ff.
153.	Wiechmann	Hydrologie. 1964
154.	Wiedemann, Werner	Erfordernis einheitlicher Regelung bei Vorschriften über die Benutzung der Gewässer sowie über den Schutz gegen Verunreinigung. 1968
155.	Wilhelm	Die Rahmengesetzgebung des Bundes nach dem Bonner Grundgesetz. Würzburger Dissertation 1956
156.	Witzel,Gustav	Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz. 1958
157.	"	Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden. ZfW 1962 S. 161 ff.
158.	Wolff, Hans Julius	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band I, 1961
159.	Wüsthoff, Alexander	Einführung in das Deutsche Wasserrecht. 2. Auflage 1957
16o.	"	Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1958
161.	Zanker,Hugo	Voraussetzungen der Gewässerbenutzung. BayVBl 1964 S. 359 ff.
162.	Zimniok, Klaus	Kommentar zum BayWG. 1965

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

Kommentare zum Wasserhaushaltsgesetz und zu den neuen Landeswassergesetzen werden nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.
Die Kommentierungen von Burghartz zum Wasserhaushaltsgesetz werden mit Angabe des Gesetzes zitiert.

Die Abkürzungen sind die üblichen. Hervorgehoben werden folgende:

Amtl. Begr.	Amtliche Begründung zum WHG Amtliche Begründung der Landeswassergesetze werden durch die Gesetzesbezeichnungen gekennzeichnet.
ALR	Allgemeines Landrecht
AöR	Archiv für öffentliches Recht, Zeitschrift
BadWürttWG	Baden- Württembergisches Wassergesetz vom 25.2.196o
BadWürttVBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
BayWG	Bayrisches Wassergesetz vom 26.7.1962
BayVBl	Bayrisches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
BB	Der Betriebsberater, Zeitschrift
BremWG	Bremisches Wassergesetz vom 13.3.1962
BR- Drucks	Bundesrats- Drucksache
BT- Drucks	Bundestags- Drucksache
DIN	Deutsche Industrie Normen
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs
GWF	Das Gas- und Wasserfach, Zeitschrift Ausgabe Wasser
HambWG	Hamburger Wassergesetz vom 2o.6.196o
HDW	Handbuch des Wasserrechts, herausgegeben von Wüsthoff
HessWG	Hessisches Wassergesetz vom 6.7.196o
IWL	Institut für gewerbliche Wasserwirtschaft und Luftreinhaltung e.V. Köln
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
Kolloquium	Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft. Bezeichnet nach Nr. und Datum (unveröffentlicht)
KommW	Die Kommunalwirtschaft, Zeitschrift

LWA	Entscheidung des Preußischen Landeswasseramtes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Zeitschrift
NiedersWG	Niedersächsisches Wassergesetz vom 7.7.196o
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NRWWG	Nordrhein- Westfälisches Wassergesetz vom 22.5.1962
OVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RdWaWi	Recht der Wasserwirtschaft, Zeitschrift
RhPfWG	Rheinland- Pfälzisches Wassergesetz vom 1.8.196o
SaarlWG	Saarländisches Wassergesetz vom 28.6.196o
SchleswHWG	Schleswig- Holsteinisches Wassergesetz vom 25.2.196o
VA	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
WLB	Wasser, Luft und Betrieb, Zeitschrift
WaWi	Die Wasserwirtschaft, Zeitschrift
WuB	Wasser und Boden, Zeitschrift
WuE	Wasser und Energie, Zeitschrift
ZAgr	Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht
ZfST	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht

Teil I: Einleitung

1. Bedeutung des Wassers als Naturschatz

Ohne oft Gesagtes wiederholen zu wollen, scheint es doch angemessen, am Anfang dieser Untersuchung kurz auf die Bedeutung des Wassers für die Natur und insbesondere für die Zivilisationsgesellschaft einzugehen, angemessen deshalb, weil grundlegender Zweck aller modernen Wassergesetze der Schutz des Wassers vor unangemessener Inanspruchnahme ist, und sich an diese These eine die nachfolgende Untersuchung bestimmende Schlußfolgerung knüpft : Das nach Grund und Grad zu fixierende generelle und spezielle Schutzbedürfnis des Wasserhaushalts und des einzelnen Gewässers legitimiert in den verfassungsrechtlich zulässigen Grenzen das angewandte gesetzliche Mittel und, was praktisch bedeutsamer ist als die i.d.R. nicht anzweifelbare legislative Legitimationen, [1] ist entscheidender Ansatzpunkt für die Auslegung der wasserrechtlichen Normen.[2] Da das Schutzbedürfnis seinerseits in proportionaler Abhängigkeit von der rechtlich (rechtspolitisch) anerkannten Wertschätzung des Gutes Wasser und seiner Gefährdung steht, mögen einige allgemeine Bemerkungen über die Bedeutung des Wassers genügen.

Wasser ist insofern ein Naturschatz,[3] als es in der Natur vorhanden ist und hinsichtlich der Quantität und Qualität seines ursprünglichen Angebots i.d.R.

1) Zur Frage der Ermessensbindung des Gesetzgebers s.S. 22 ff.

2) Hinsichtlich der verschiedenen Interpretationsmethoden siehe Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.54 ff. In dieser Abhandlung wird, ohne daß ein Eingehen auf die einzelnen Theorien möglich ist, von der juristisch-dogmatischen, juristisch-normativen ausgegangen.

3) Der in Art.15 GG verwandte Begriff hat einen vergleichbaren Sinn.

nicht vom Menschen beeinflußbar ist. Menschliche Einwirkungen auf das Wasser, die zu regeln im weitesten Sinn Aufgabe des Wassergesetzgebers ist, werden erst in der zweiten Phase des Wasserkreislaufs möglich, der sich vereinfacht etwa folgendermaßen darstellen läßt: [1] 1. Phase: Verdunstung und Niederschlag; 2. Phase: Oberirdischer Abfluß zum Vorfluter oder Versickerung und unterirdischer Abfluß zum Vorfluter; 3. Phase : Ansammlung im Meer.

In seiner Eigenschaft als Naturschatz, der gekennzeichnet ist durch nicht entscheidend beeinflußbare Naturvorgänge wie dem Angewiesensein der belebten Natur auf ihn, liegt seine unbedingte Lebensbedeutung. Andere Naturschätze wie beispielsweise Kohle, Öl, Gas und Erz sind zwar auch unvermehrbar, ihr konkretes Angebot beruht jedoch nicht allein auf einem Naturvorgang, sondern ist auch das Ergebnis menschlichen Handelns. Außerdem sind sie grundsätzlich austauschbar oder ersetzbar und damit im Gegensatz zum Wasser von nur relativer Bedeutung. Neben der lebenserhaltenden Kraft wird die damit korrespondierende lebenserweiternde Funktion des Wassers häufig nicht gesehen oder angemessen beachtet. Ein kurzer summarischer Blick auf Ursprung und Entwicklung menschlicher Gemeinschaften weist das Wasser als wohl gewichtigsten kulturellen und zivilisatorischen Funktionsträger materieller Art aus, und die durch das Wasserrecht geschützte Ordnung stellt sich als ein vorstaatliches politisches und soziales Ordnungssystem dar. So werden die Keimzellen staatlichen und kulturellen Lebens in den großen Flußtälern des Nils, Euphrats und Tigris lokalisiert,[2] wo die Nutzbarmachung des Wassers

---

1) So A. Wechmann, Hydrologie, S.15; Kau, Verpflichtungen des industriellen Gewässerbenutzers im Interesse einer geordneten Wasserwirtschaft, Bericht über den IWL- Kongreß 1966, S.61 ff.

2) So Berber, Die Rechtsquellen des internationalen Wasserrechts, S. 3

und die Regelung seiner Verwendung Voraussetzung und bestimmender Inhalt des Gemeinschaftslebens waren. Diese menschheitsgeschichtliche Aktualität des Wassers ist im Laufe der weiteren Entwicklung etablierter Ordnungssysteme aus den verschiedensten Gründen zugunsten anderer Gemeinschaftsfragen zurückgetreten, in unserer Zeit aber wieder allgemein anerkannt. Die Bewässerung und Fruchtbarmachung ausgedehnter Wüsten in den USA, Sibirien und anderen Regionen zeigen dies besonders deutlich. Zumindest ebenso bedeutungsvoll aber ist in diesem Zusammenhang das Wasser als Produktionsmittel für die moderne Industrie, die seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts das Bild der neuzeitlichen Zivilisation entscheidend bestimmt. Daneben mögen die reinigende Kraft des Wassers, seine Funktion als Kraftquelle und als Transportmittel erwähnt werden.[1] Die beispielhafte Aufzählung könnte beliebig fortgesetzt werden; das Ergebnis ist jedoch letztlich immer dasselbe: das Wasser ist unvermehrbar, hinsichtlich seines ursprünglichen Angebots unbeeinflußbar und entscheidend unersetzbar.[2]

Wie mit diesem unersetzlichen Gut in der Vergangenheit gewirtschaftet worden ist, läßt sich am Zustand unserer Gewässer ablesen.[3] Erfreulich ist daher das allenthalben aus der Not geborene Bewußtsein der Bedeutung eines geordneten Wasserhaushalts, so daß politische Parteien den Schutz der Gewässer (wie der Luft) zum Leitmotiv ihrer Wahlwerbung gemacht haben.

- 4 -

---

1) S.Zusammenstellung bei Riederer-Sieder,Kommentar zum BayWG von 1907. § 26 Anm. 10 ff.

2) Ob sich dies in Zukunft in einer zweiten technischen Revolution -zu denken ist an die wirtschaftlich vertretbare Entmineralisierung des Meerwassers mittels Atomenergie-grundlegend ändern wird, erscheint zweifelhaft.

3) H. Somogyvar.Der Schutz der oberirdischen Gewässer vor Verunreinigung, gibt auf den Seiten 3 ff. einen kurzen Überblick.

Auch der Gesetzgeber hat der Not gehorchend gehandelt. Diese occasio legis und die von ihr vorgezeichnete Zwecksetzung [1] sind ein entscheidendes Instrument für die Interpretation der neuen deutschen Wassergesetze.

2. Vereinheitlichung des Wasserrechts

Voraussetzung einer wirksamen Haushaltung mit dem zur Verfügung stehenden Wasserangebot ist auch in einem Bundesstaat mit entsprechenden Landeskompetenzen eine einheitliche Wasserrechtsordnung; denn das Wasservorkommen, mag es oberirdisch oder unterirdisch sein, richtet sich ausschließlich nach naturgegebenen Umständen, wie beispielsweise den Wassereinzugsgebieten. Landesgrenzen sind insofern willkürliche Gebietsfestlegungen, und die fließende Welle oder der Grundwasserstrom respektieren sie nicht. Eine Einwirkung auf das Gewässer hat daher, wenn es sich nicht um eine völlig unerhebliche Handlung handelt, immer Auswirkungen auf den Wasserhaushalt als solchen, wobei der Handlungsort u.U. weit entfernt vom Erfolgsort sein kann.

Die zwischen 1868 (Oldenburgische Wasserordnung) und 1956 (Rheinland-Pfälzisches Wassergesetz) erlassenen Landeswassergesetze und das in Hamburg und Bremen bis zum Erlaß der neuen Landeswassergesetze geltende Gemeine Recht [2] bewirkten eine nicht länger zu vertretende Rechtszersplitterung, die durch die Neugestaltung der deutschen Länder und die damit verbundenen Grenzverschiebungen und Staatsneugründungen nach

1) Siehe H. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 42 ff.

2) Geschichtlicher Überblick bei Witzel, Kommentar zum WHG, S. 7 ff. und Zimniok, Kommentar zum BayWG, S. 6 f. Eine umfassende Darstellung gibt die rechtsgeschichtliche Dissertation von R. Heling, Privatflüsse und private Wassernutzungsrechte, insbesondere S. 1 ff., 118 ff.

1945 zu prekärer Rechtsunsicherheit und nach Ansicht von Gieseke [1] auch zu einer Rechtsungleichheit führten. [2] Hinzu kam eine teilweise grundverschiedene landesgesetzliche Konzeption. Gestützt auf Art. 65, 66 EGBGB, die das Wasserrecht und angrenzende oder verwandte Materien von der Regelung des bürgerlichen Rechts als Reichsrecht ausnahmen, und auf ihre Gesetzgebungszuständigkeit sowohl nach der "Verfassung des Deutschen Reiches" vom 16.4.1871 [3] als auch nach der "Verfassung des Deutschen Reiches" vom 11.8.1919 [4] erließ beispielsweise Preußen 1913 ein hinsichtlich der Regelung des Eigentums am Gewässer privatrechtlich ausgerichtetes Wassergesetz, während Württemberg das von Otto Mayer [5] in Anlehnung an das französische domaine public entwickelte öffentliche Eigentum zur Grundlage seines 1900 erlassenen Wassergesetzes machte. [6]

Aus diesen Gründen und wegen der rasch fortschreitenden Industrialisierung und Urbanisierung, die ein nie gekanntes Abwasserproblem mit sich brachten,

---

1) Rechtseinheit im Wasserrecht? in RdWaWi H.9 S. 8.

2) Die Diskreditierung der alten Landeswassergesetze mit dem Vorwurf der (rechtlich bedenklichen?) Ungleichbehandlung der Staatsbürger berücksichtigt die von Gieseke a.a.O. selbst erwähnten historischen Verschiedenheiten nicht genügend. Wenn, wie Gieseke a.a.O. ausführt,"Rechtsgleichheit verlangt, daß für die Eigentumsverhältnisse .... überall in Deutschland, sei es "im Norden oder Süden, gleiche Grundsätze gelten, so dürfte dies wohl nur durch einen gesetzgeberischen Kraftakt, nämlich der Enteignung der Gewässereigentümer- soweit das nicht schon geschehen ist- oder der Sozialisierung der Gewässer zu verwirklichen sein.

3) S.Köhler,Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Wasserrecht und die Verwaltungszuständigkeit des Bundes auf den Bundeswasserstraßen, S. 2 ff.

4) Köhler a.a.O. S.6 mit weiteren Literaturhinweisen.

5) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 2 §§ 35 ff.; AÖR 16, 38 ff., 21, 499 ff.

6) Gegen eine (publizistische) Überbewertung dieser Besonderheit Salzwedel, Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht, ZfW 1962 S. 78 f.

setzten die Bestrebungen nach einer reichs- bzw. bundeseinheitlichen Regelung schon relativ früh ein. Bereits bei den Beratungen des bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1896 wurde auf die Notwendigkeit der Rechtsvereinheitlichung hingewiesen.[1] Die "Akademie für Deutsches Recht" und der "Reichsverband der Deutschen Wasserwirtschaft" erarbeiteten zwischen 1934 und 1944 Entwürfe eines Reichswasserrechts,[2] die jedoch nicht Gesetz wurden.

Nach Art. 75 Nr. 4 GG hat der Bund das Recht, Rahmenvorschriften über den Wasserhaushalt zu erlassen, wenn gem. Art. 72 GG ein Bedürfnis nach bundesrechtlicher Regelung besteht, weil die Regelung einzelner Länder nicht wirksam sein oder andere Länder oder die Gesamtheit beeinträchtigen kann, oder weil "die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert. " Das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann nach dem oben Gesagten nicht zweifelhaft sein und ist im übrigen auch nie bestritten worden.

Das Rahmengesetz ist gekennzeichnet durch seine Ausfüllungsfähigkeit und Ausfüllungsbedürftigkeit, wobei den Ländern eine Regelung mit "substantiellen Gewicht" [3] vorbehalten bleiben muß. Das vom Bundestag und Bundesrat am 27.7.1957 beschlossene "Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts" hält sich nicht nur in diesen Grenzen, [4] sondern es wird überwiegend nur als Mindestmaß einer bundeseinheitlichen Wassergesetzgebung

- 7 -

---

1) Denkschrift zur Reichstagsvorlage Nr. 44o;Bericht der XII. Kommission vom 12.6.1896.

2) S. Witzel, Kommentar S.12.

3) So BVerfGE IV. 115 (119 f)

4) Für viele s.: Gieseke, Kommentar S. 8.

-"als eine echte Zwischenlösung"- angesehen,[1] von anderer Seite wird es gar wegen seiner -angeblichen- Beschränkung auf die Regelung öffentlich-rechtlicher Fragen stark angefeindet.[2] Das erklärte [3] gesetzgeberische Ziel, nämlich die abschließende Regelung des gesamten Wasserrechts durch ein zukünftiges Bundesgesetz, wird sicherlich keine föderalistischen Widerstände finden. Höchst fraglich aber muß angesichts der in den meisten deutschen Ländern verschiedenen rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Wasserrechts sein, ob allein durch die Änderung der Art. 74,75 GG die Möglichkeit hierzu eröffnet wird. [4]

Das am 1.3.196o in Kraft getretene Wasserhaushaltsgesetz (WHG) enthält entsprechend seinem Charakter als Rahmengesetz fast ausschließlich Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Ordnung des Wasserhaushalts, die überwiegend durch Landesrecht ausfüllungsfähig und auch ausfüllungsbedürftig sind.

Die zwischen dem 23.2.196o und 26.7.1962 erlassenen Landeswassergesetze [5] füllen diesen Rahmen aus und führen insbesondere hinsichtlich des privatrechtlichen Wasserrechts ergänzende Vorschriften ein.

- 8 -

---

1) BT Drucksache 3536 S.2 ff.,Sitzungsbericht des BR Nr. 152 D. 6 vom 23.1.1956.

2) S. Sievers, Zum Wasserhaushaltsgesetz der Bundesrepublik in Festschrift S. 262 ff.

3) BT Drucksache 3536 S. 2.

4) So ist dem Bundestag unter dem 1.2.1957 von den Fraktionen der SPD, FDP,GB/BHE, DP, FVP und dem Abgeordneten Stegner der "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung der Art. 74, 75 GG"- BT Drucksache 3158- vorgelegt worden, der jedoch nicht Gesetz wurde.

5) BadWürttWG vom 25.2.196o,BayWG vom 26.7.1962, BerlWG vom 23.2.196o, BremWG vom 13.3.1962, HambWG vom 2o.6.196o, HessWG vom 6.7.196o, NiedersWG v.7.7.196o, NRWWG vom 22.5.1962, RPfWG vom 1.8.196o, SaarlWG v. 28.6.196o, SchleswHWG vom 25.2.196o.

Allein die Vielzahl der in manchem unterschiedlichen Gesetze und die Tatsache, daß neben der durch das WHG und die Landeswassergesetze gebildeten 11 öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen weitere 11 zum Teil nicht unwesentlich verschiedene privatrechtliche Wasserrechtsordnungen bestehen, zeigen, daß das gesetzgeberische Ziel einer Vereinheitlichung des Wasserrechts keineswegs zufriedenstellend verwirklicht worden ist.[1)]

Das positive Ergebnis der angestrebten Rechtsvereinheitlichung ist in folgendem zu sehen : Durch das WHG sind verbindlich die Grundzüge des öffentlich-rechtlichen Wasserrechts in den 11 deutschen Ländern festgelegt und auch von den Landeswassergesetzen respektiert worden. Das gesetzgeberische Mittel hierzu ist die Beschreibung der wichtigsten wasserrechtlichen Grundbegriffe, die Statuierung eines präventiven Benutzungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt und die Schaffung einheitlicher Rechtsinstitute.

Bestimmung für das neue deutsche Wasserrecht aber ist § 2 WHG. Indem diese Vorschrift grundsätzlich für jede Benutzung eines Gewässers eine Kontrolle durch die Verwaltung fordert und die Rechtsmäßigkeit der Gewässerbenutzung von der Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung abhängig macht, führt sie eine für alle Gewässerbenutzungen gleichmäßige öffentlich-rechtliche Ordnung ein. Gestattungsfrei sind hiernach nur noch Gewässerbenutzungen, die auf Gemein-, Eigentümer- oder Anliegergebrauch beruhen oder durch alte, aufrechterhaltene Rechte oder Befugnisse gedeckt sind,

---

1) Siehe hierzu insbesondere Sievers, Zum Wasserhaushaltsgesetz der Bundesrepublik in Festschrift S.266 f Gieseke, Rechtseinheit im Wasserrecht?RdWaWi Heft 9 S. 7 ff.; Külz, Das Recht der Wasserwirtschaft in Verwaltung und Rechtsprechung, Bericht über den IWL- Kongreß 1966, S. 44 ff.

sowie Gewässerbenutzungen bestimmter Wasser- und Bodenverbände in Nordrhein- Westfalen [1] und das Einbringen von Stoffen zu Zwecken der Fischerei.[2] Der Meinungsstreit [3] darüber, ob § 2 WHG ein Grundsatz mit materiellem Gehalt oder nur formeller Art ist, ist heute zugunsten der letzteren Ansicht entschieden. [4] Die Vorschrift ist also nur als Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung der Benutzungsvorkontrolle aufzufassen; sie begründet nicht eine Vermutung des Inhalts, daß im Zweifel eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht zu erteilen sei. [5]

Von Bedeutung für die Vereinheitlichung des Wasserrechts ist ferner die Schaffung einheitlicher Rechtsinstitute durch den Bundesgesetzgeber. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere die einheitliche Rechtsform der Benutzungsgestattung, nämlich Erlaubnis und Bewilligung, die Regelung der Unterhaltung und des Ausbaus der Gewässer und der wasserrechtlichen Verfahren. [6] Obwohl das WHG sich teilweise

1) Gem.§ 13 WHG i.Verb.m.§ 133 II NRWWG sind privilegierte Wasser-und Bodenverbände: Die Emschergenossenschaft, der Ruhrverband, der Ruhrtalsperrenverein, die Linksrheinische Entwässerungsgenossenschaft, der Lippeverband, der Niersverband, der Wupperverband und der Große Erftverband.

2) Siehe hierzu § 25 WHG i.Verb.m.den entsprechenden Ausführungsbestimmungen der Landeswassergesetze : §§ 29 BadWürttWG, 26 BayWG, 27 BerlWG, 65 BremWG, 14 HambWG, 29 HessWG 59 NiedersWG, NRWWG, 29 RhPfWG, 28 SaarlWG, 22 SchlesHWG.

3) Krüger, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, S. 18
Gieseke, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, DÖV 1958 S. 327.

4) Gieseke a.a.O. und Gieseke- Wiedemann § 2 Anm.1; Kropf WWi 1958 S. 1o4;Krüger IWL- Tagung 1961 S.41; Witzel § 2 Anm.1; Sievers § 2 Anm.1.

5) So Krüger a.a.O. S. 18

6) So auch Sieder, Föderalistisches Wasserrecht, ZfW 1963 S. 2o5.

mit der Festlegung allgemeiner Grundzüge begnügt hat, ist das erreichte Maß der Einheitlichkeit in den Landeswassergesetzen insgesamt erfreulich. Dies ist darauf zurückzuführen, daß den Landeswassergesetzen als gemeinsame Arbeitsgrundlage der von der wasserrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Länder ausgearbeitete Musterentwurf eines Landeswassergesetzes diente.

3. Abgrenzung des Themas

Wissenschaftliche Untersuchungen über die Benutzungsrechte nach dem neuen deutschen Wasserrecht liegen bereits vor. [1] Darüber hinaus hat Salzwedel [2] auf einer breiteren verwaltungsrechtswissenschaftlichen Grundlage, nämlich im Vergleich des Wegerechts mit dem Wasserrecht, unter differenzierter Behandlung des Begriffs Gemeingebrauch [3] die Grundzüge einer Klassifikation der Gewässerbenutzungen nach zulässigem Gemeingebrauch, unzulässigem Gemeingebrauch, unechter Sondernutzung und echter Sondernutzung durch Aufzeigung spezieller Widmungsschranken dargestellt. Das Vorfeld dieser Untersuchungen aber ist noch weitgehend unerforscht: Die wasserrechtliche Relevanzschwelle wird erst überschritten, wenn eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Geschehen eine Gewässerbenutzung darstellt. Da das Wasserrecht jedoch nicht nur das Wassernutzungsrecht regelt, ist diese Grenze nicht für das gesamte Wasserrecht verbindlich. Allerdings muß die gesetzliche Benutzungsregelung als das entscheidende Ordnungsinstrument des Wasserhaushalts angesehen werden. Daher

---

1) Siehe etwa Dieter Hundertmark, Die Rechtsstellung der Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht; hinsichtlich der Rechtslage nach den alten Landeswassergesetzen: Friesecke, Rangordnungen von Benutzungen an Wasserläufen.

2) Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht in ZfW 1962 S. 73 ff.

3) a.a.O. S. 77

markieren die Benutzungstatbestände im Zusammenwirken mit dem unter Erlaubnisvorbehalt stehenden Benutzungsverbot des § 2 WHG die in erster Linie interessierende und bedeutsame wasserrechtliche Relevanzschwelle.

Aus diesem Grunde muß Klarheit über den wasserrechtlichen Grundbegriff der Gewässerbenutzung herrschen. Daran fehlt es aber noch heute. Zwar scheint es so, als ob der Bundesgesetzgeber in § 3 WHG, den die Landeswassergesetze mit unwesentlichen Ergänzungen übernommen haben, [1] eine abschließende Beschreibung der Gewässerbenutzung gegeben habe. Bei genauem Zusehen aber stellt man fest, daß zumindest § 3 I WHG nur eine Aufzählung von Benutzungsarten enthält, die gekennzeichnet sind durch das äußere Erscheinungsbild der Einwirkung auf ein Gewässer. Zu Recht ist daher Sievers [2] der Ansicht, daß § 3 WHG nur auf ein Element der Benutzung abstellt. Die weiteren konstituierenden Elemente des Benutzungsbegriffs aber liegen im Dunkeln. Sie in einem methodischen Lösungsversuch zu erarbeiten, ist Aufgabe dieser Arbeit. Dabei ist eine strikte Beschränkung auf die öffentlich-rechtliche Seite der Benutzung geboten; privatrechtliche Auswirkungen der Benutzungshandlung interessieren nur insoweit, als sie auch öffentlich-rechtlich erheblich sind.

Daher ist neben einer Auslegung der rechtswirksamen Benutzungsvorschriften eine tiefer gehende Analyse des Benutzungsbegriffs erforderlich. Diese Untersuchung sowie die Darstellung der Tatbestandsstrukturen der einzelnen Benutzungsregelungen werden Aufschluß darüber geben, ob auch die sog. echten Benutzungen mitteilbar [3] ausgeübt werden können, ob über den Wortlaut

---

1) Siehe hierzu Teil III

2) Sievers § 3 Anm. 1

3) Zur Terminologie vergl. S. 114 ff.

des Gesetzes hinaus eine Ausdehnung des von § 2 WHG erfaßten Verbotsraumes möglich ist. und wie dieser Bezirk von anderen benutzungsähnlichen Handlungen abzugrenzen ist. Abschließend wird darauf einzugehen sein, ob bei Zugrundelegung der vom Gesetzgeber getroffenen wasserwirtschaftlichen Wertentscheidungen die einzelnen Benutzungstatbestände ein in sich widerspruchsloses Instrument zur Ordnung des Wasserhaushalts sind oder eine gesetzliche Neuregelung angezeigt erscheint.

Eine Untersuchung des Benutzungsbegriffs für sich allein ist jedoch nicht sachgerecht. Eine Benutzung ist immer ein transitives, auf einen bestimmten Gegenstand zielendes Geschehen. Ohne diesen Bezugspunkt ist der Begriff inhaltsleer, oder zumindest vieldeutig. Erst der Gegenstand der Benutzung qualifiziert die Benutzung, und umgekehrt konstituiert die gesetzliche Benutzungsregelung den Benutzungsgegenstand, sofern dieser nicht nur ontologisch, sondern als Rechtsbegriff verstanden wird. [1] Demnach ist die Gewässer- Benutzung ein komplementärer Rechtsbegriff, und die Untersuchung des einen kann sachgerecht nicht ohne die des anderen erfolgen.

Eine summarische Aufzählung der Gewässer i.S. d. Wassergesetze würde dem Zweck dieser Arbeit nicht genügen. Auf der einen Seite erfordert nämlich die Begründung des Rechtsbegriffs Gewässer eine Auseinandersetzung mit den ungeschriebenen Begriffsmerkmalen, zum anderen ist auch noch -wie zu zeigen sein wird- im engen Bereich der Wortinterpretation und Abgrenzung der verschiedenen Gewässerarten voneinander manches streitig.

---

1) Zur Begründung der inhaltsbestimmenden Wechselbeziehungen der beiden Rechtsbegriffe Gewässer und Benutzung siehe die Ausführungen auf S. 95 ff.

Dieses Verständnis des Rechtsbegriffs Gewässerbenutzung bestimmt daher entscheidend den äußeren und inneren Aufbau der vorliegenden Darlegungen: In zwei getrennten Hauptteilen werden die Begriffe Gewässer und Benutzung untersucht, wobei mit Rücksicht auf den komplementären Charakter des Begriffs Gewässer- Benutzung eine teilweise Überschneidung und Verzahnung beider Hauptteile unerläßlich ist. Als Rechtsquellen kommen in erster Linie das WHG und die Landeswassergesetze in Betracht, in zweiter Linie regionales Gewohnheitsrecht und Observanz.

Teil II: Gewässer im Sinne des WHG und der LWGe

I. Gewässer ein Rechtsbegriff

1. Abgrenzung zum naturwissenschaftlichen Gewässerbegriff

Das WHG und die Landeswassergesetze enthalten keine Definition, sondern nur eine Beschreibung des Gewässerbegriffs. Die Auslegung der einschlägigen Normen, insbesondere des § 1 WHG, wird in einem späteren Abschnitt erfolgen. Hier soll zunächst einmal der grundsätzliche Unterschied des Rechtsbegriffs Gewässer zum naturwissenschaftlichen Gewässerbegriff herausgearbeitet werden.

Nach DIN 4o49 (1.o2) ist ein Gewässer " in der Natur fließendes oder stehendes Wasser auf dem Festland, einschließlich Gewässerbett bzw. Grundwasserleiter," wobei der Begriff Gewässerbett in DIN (4.28) definiert wird als "Eintiefung der Landoberfläche, die dauernd oder zeitweise von Wasser erfüllt ist, " und der Grundwasserleiter ist nach DIN 4o49 (5.o8)" der Teil der Erdrinde, der Grundwasser enthält und geeignet ist, es weiterzuleiten. "

Eine solche Begriffsbestimmung als Ergebnis nur naturwissenschaftlicher Betrachtungsweise, d.h. beschreibender, wertfreier Bestandsaufnahme, [1] ist für den Wassergesetzgeber nur insofern verwendbar, als sie ihm die Erkenntnis und Klassifizierung dessen erleichtert, was er nach seinen Vorstellungen und Ansichten normieren will. Das Wie der Regelung wird durch zwei materielle Faktoren bestimmt: Der existenziellen Eigenart des Regelungsobjekts und den politischen Absichten des Gesetzgebers. Diese gesetzliche Zweckverfolgung führt notwendig zu einer Mißachtung der naturwissenschaftlichen Wirklichkeit dergestalt, daß er sie in eine auf soziologische Gegebenheiten Rücksicht nehmende Zweckform faßt, die nicht lediglich einen Teilbereich der als naturwissenschaftliche Einheit verstandenen Wirklichkeit darstellt, sondern etwas Neues ist, ein Zweckbegriff. [2] So muß es für den Gesetzgeber

- 15 -

---

1) Bei dieser Aussage muß hier offenbleiben, ob nicht bereits in der Wahl des jeweiligen axiomatischen Systems ein Wertungselement liegt, nämlich die Annahme der Richtigkeit bestimmter Prämissen. Vergl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 44

2) Die methodische Verschiedenheit der Betrachtung führt zwangsläufig zu einer Ausrichtung auf verschiedene Aspekte der Wirklichkeit. Vergl. Jesch a.a.O. S.47 mit weiteren Literaturhinweisen.

unerheblich sein, ob man bei einer physikalisch- chemischen Betrachtung beispielsweise den Luftraum über einem oberirdischen Gewässer als dessen Bestandteil auffassen kann oder nicht; für ihn ist nur erheblich, ob man dies bei Zugrundelegung der für richtig erkannten Regelungszwecke soll.

Daß das Gewässer als Regelungsobjekt den geeignetesten Zweckbegriff, der vom Gesetzgeber in § 1 WHG in seinen wichtigsten Unterbegriffen oberirdisches Gewässer, Küstengewässer und Grundwasser spezifiziert ist, für ein "Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts" darstellt,kann nicht zweifelhaft sein. Begriffe wie Wasser - haushalt oder Wasserwirtschaft sind zu unbestimmt, um daran Gebote oder Verbote konkreten Inhalts zu knüpfen, wie etwa die Regelung der Benutzung oder Unterhaltung. Hingegen können sie als gesetzliche Tatbestandsmerkmale für eine Rahmenplanung von hinreichender Bestimmbarkeit sein; im übrigen aber müssen sie als allgemeiner Zweckgegenstand verstanden werden und sind von daher wichtige Bezugspunkte für die Auslegung anderer Gesetzesbegriffe.

Auf den ersten Blick könnte man zwar meinen, der von der Wortbedeutung nicht eindeutige Gesetzesbegriff Gewässer sei nichts anderes als eine unglückliche Umschreibung für Wasser in einer bestimmten Lage oder Auftrittserscheinung. Für diese Ansicht spricht die allgemein als unglücklich bezeichnete Fassung des § 1 WHG. [1] Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß der Rechtsbegriff Gewässer ebenso wie der technische Begriff nicht lediglich das näher bestimmte Wasser beinhaltet, sondern das Bett, den Luftraum über dem Gewässer und andere Bestandteile mitumfaßt.
Wenn der Gesetzgeber im WHG

1) Vergl. Gieseke- Wiedemann, § 1 Anm. 2

den Ausdruck Gewässer [1] verwendet, dann will er etwas anderes sagen, als wenn er vom Wasser [2] spricht, wobei einige unten noch zu behandelnde Ungenauigkeiten ausgeklammert sein mögen. Die Sinnverschiedenheit beider Begriffe wird besonders in § 3 I Z. 3 WHG deutlich, der auch das "Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern, soweit dies auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß einwirkt," als Benutzung statuiert.

Unklar, aber für nahezu alle wasserrechtlichen Verhältnisse einschließlich der Bestimmung des Benutzungstatbestandes von Bedeutung, ist die von den Wassergesetzen nur in einigen Ansatzpunkten und Fingerzeigen versuchte, letztlich nur durch Auslegung mögliche Inhaltsbestimmung des Begriffs Gewässer. Dabei werden immer wieder zwei Abgrenzungsfragen auftauchen, die in ihren praktisch bedeutsamsten Erscheinungen unten genauer behandelt werden:[3] Auf der einen Seite die Unterscheidung zwischen oberirdischen Gewässern, Küstengewässern und Grundwasser -von Bedeutung mit Rücksicht auf die verschiedene gesetzliche Behandlung dieser Gewässer- und andererseits die Abgrenzung des Gewässers zu den Nichtgewässern durch Inhaltsbestimmung des Gewässers.

Die entscheidenden Kriterien können nicht naturwissenschaftlicher, sondern müssen zumindest vornehmlich rechtlicher Art sein, denn der naturwissenschaftlichen Betrachtung und Qualifizierung ist die

---

1) Z.B. im WHG in folgenden Vorschriften:
§§ 1,2 I, 3,7,8 I, 13,14 I u.II, 19 I u.II, 21 I, 22 I u.II,23 I u.II, 24 I,II u.III,25, 26 I u.II,27 I, 28 I u.II, 29 I, 3o I u.III, 36 II, 37 I, 38 I.

2) §§ 1 I, 2 II, 3,5, 14 III, IV, 18,22 I, 24 I, 27 I.

3) Siehe Ausführungen S. 48 ff.

wertende Bezugnahme auf gewillkürte Zwecke dem Grunde nach fremd. Sie ist jedoch i.a.R. wesentlicher, weil determinierender Inhalt des Gesetzes,[1] und in der Rechtsanwendung durch die Verwaltung ist gerade das Inbezugsetzen einer Sache oder eines Phänomens zu dem speziellen Rechtswert dieser Regelung kognitiver- und bei bestimmten Ermessensentscheidungen auch voluntativer- Entscheidungsgrund. Nur wenn der Rechtsanwender, das ist der Verwaltungsbeamte der Wasserbehörden ebenso wie der reflektiv handelnde Gewässerbenutzer, weiß, welche rechtspolitischen Absichten den neuen Wassergesetzen im allgemeinen und welcher Rechtswert den einzelnen Vorschriften im besonderen zugrunde liegen, wird er die wasserrechtliche Relevanz seines Falles beurteilen, in diesem Zusammenhang also das Gewässer als solches und in seiner speziellen Eigenschaft -oberirdisch, unterirdisch oder Küstengewässer- bestimmen können. Somit wird , wie schon kurz angedeutet wurde, das Regelungsobjekt seinerseits inhaltlich festgelegt durch die Regelung selbst.[2]

2. Gewässer eine öffentliche Sache

In der Begründung[3] zum WHG wird ausgeführt :

" Das Gesetz regelt den Wasserhaushalt auf öffentlichrechtlicher Grundlage. Die privaten Belange werden angemessen berücksichtigt. Die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern werden durch das Gesetz nicht berührt."

Diesem Motiv ist der Bundesgesetzgeber durchweg treugeblieben; die Landeswassergesetze haben das Ergebnis respektiert. Grundlage und Ausgangspunkt der Ordnung ist also nicht das private Eigentum an Gewässern, wie

- 18 -

1) F. Jerusalem,Kritik der Rechtswissenschaft,S. 52 f. 16o ff;Leibholz,Strukturproblem der modernen Demokratie,S. 262 ff;Heller,AöR 55 S. 342 f.

2) S.z.B. Jesch,Gesetz und Verwaltung,a.a.O.mit weiteren Nachweisen:"Die allgemeinen Wissenschaftsmethoden bestimmen den wissenschaftlichen Aspekt.In diesem Sinne kann man auch sagen, daß die Methode den Gegenstand erzeuge oder konstruiere."

3) BT- Drucksache Nr. 2o72,2. Wahlperiode, 1953 S. 2o

dies beispielsweise bei dem Vorläufer und Vorbild des WHG, dem PrWG von 1913, der Fall war. [1] Die Abkehr von einem privatrechtlich ausgerichteten Wasserrecht war aus mehreren Gründen geboten: zum ersten ist es zweifelhaft, ob an den oberirdischen Gewässern überhaupt Eigentum im Sinne des BGB bestehen kann.[2] Desweiteren erscheint es nicht möglich, den gesteigerten Ordnungsbedürfnissen mit einer Benutzungsregelung, die an das gem. § 9o3 BGB grundsätzlich unbeschränkte private Eigentumsrecht anknüpft, zu genügen. Es ist daher folgerichtig, daß das WHG für alles Landeswasserrecht verbindlich ein vom privaten Eigentum unabhängiges öffentlich-rechtliches Wassernutzungsrecht einführte und den sogenannten Eigentümergebrauch [3] nur in engen Grenzen zuließ. Dazu bedurfte es allerdings einer Erklärung der Gewässer -und zwar der oberirdischen Gewässer, des Grundwassers und des Küstengewässers- zu öffentlichen Sachen.

Öffentliche Sachen i.e.S. [4] (oder im Gemeingebrauch) sind Sachen, die dem privaten Rechtsverkehr

1) Vergl. §§ 4o ff. und 196 ff. PrWG.

2) Zweifelnd Gieseke, Sozialbindung des Eigentums im Wasserrecht, Festschrift für H.Lehmann, S.322; verneinend Hofacker, Das "Eigentum" an Wasserläufen, Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band 3o (1925) S. 165, einen Überblick über den Meinungsstand gibt Heling, Privatflüsse und private Wassernutzungsrechte, S. 211 ff.

3) Aber auch der Eigentümergebrauch an oberirdischen Gewässern, § 24 WHG, und am Grundwasser, § 33 WHG, wird als öffentlich-rechtliches Benutzungsrecht, das dem jeweiligen Gewässereigentümer oder den durch ihn Berechtigten zusteht, aufgefaßt. Vergl.-Sieder-Zeitler § 24 Anm. 5; Sievers § 24 Anm.1 und § 33 Anm.1.

4) Zur Problematik der Einteilung in öffentlichen Sachen i.E.S. und i.w.S. siehe Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 327 mit weiteren Literaturhinweisen und H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I,§ 55 II a),b), Seite 376 ff.

entzogen sind, um so unmittelbar der Allgemeinheit oder sonstigen Zwecken der öffentlichen Verwaltung zu dienen und wegen dieser Zweckgebundenheit einem öffentlich-rechtlichen Sonderrecht unterstehen.[1] Der hier verwendete Sachbegriff ist nicht identisch mit dem des bürgerlichen Rechts, der gemäß § 9o BGB feste Begrenzung, Körperlichkeit, voraussetzt. Auch Luft, Wasser, Elektrizität können öffentliche Sachen sein.[2] Wesentlich ist die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache. Bei den öffentlichen Sachen i.e.S. wird sie üblicherweise[3] als eine jedermann unmittelbar zustehende Nutzungsbefugnis verstanden, die keiner behördlichen Gestattung bedarf, aber dem öfffentlichen Zweck der Sache entsprechen muß und nur in den Grenzen der konkreten Gemeinverträglichkeit individuell besteht.[4] Diese so gekennzeichnete Nutzungsbefugnis, nämlich der Gemeingebrauch, kann jedoch nicht als die begriffsnotwendige Zweckbestimmung einer öffentlichen Sache i.e.S. aufgefaßt werden,[5] wie dies die oben genannten Autoren offenbar tun. Der Gemeingebrauch ist zwar die regelmäßige Rechtsfolge der Öffentlichkeit einer Sache, die nicht zum Verwaltungs- oder Finanzvermögen gehört; wenn aber kein Gemeingebrauch zugelassen ist, dann

- 2o -

---

1) So BGHZ 9, S. 383; 21 S.327; Forsthoff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts,S.338;Turegg-Kraus,Lehrbuch des Verwaltungsrechts,S.176;Wolff, I,a.a.O.;Schallenberg, die Widmung, S. 55;

2) A.M. vergl.Forsthoff a.a.O. S.328;Wolff a.a.O.; Maunz, Hauptproblem des öffentlichen Sachenrechts,S.44;Kalb, Sachbegriff im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches,S. 125.

3) Siehe Anm. 1

4) Zu dem differenzierten Gemeingebrauch s.Salzwedel, Gemeingebrauch im Wege-und Wasserrecht, ZfW 1962, S. 77 f.

5) Ebenso Sieder-Zeitler, Vorbemerkung 1o,13.

hindert dies nicht die Öffentlichkeit der Sache. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, daß die Sache im öffentlichen Interesse dem Privatrechtsverkehr ganz oder teilweise in einer spezifischen Form entzogen ist. Nicht ausreichend ist hierfür die Beschränkung privatrechtlicher Nutzungsrechte durch öffentlich-rechtliche Normen, wie dies etwa im Baurecht der Fall ist. [1] Statt dessen muß an die Stelle der privatrechtlichen eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung treten, wie dies im neuen deutschen Wasserrecht für die Gewässer geschehen ist. Gerade weil das öffentliche Sachenrecht in erster Linie öffentliches Nutzungsrecht ist, hat der Gesetzgeber auch öffentlich-rechtliche Unterhaltungs- und Ausbaupflichten begründet. [2]

In unserem Zusammenhang kann die Frage nach den formellen Voraussetzungen der Entstehung einer öffentlichen Sache -genügt die besondere Beschaffenheit der Sache, [3] ist eine tatsächliche Indienststellung, [4] oder gar ein formeller Rechtsakt [5] erforderlich ? - unbeantwortet bleiben , da die Gewässer ihren Zwecken durch formelle Gesetze gewidmet worden sind, und die Herstellung und Veränderung neuer Gewässer ein gesetzlich vorgeschriebenes förmliches Verfahren erfordern,

---

1) Vergl. Sievers, Einleitung S. 14 f.

2) §§ 28 ff. WHG; vergl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band S.41:" Die öffentliche Sache" soll ja vor allem bei ihrem Zweck erhalten bleiben.

3) So Forsthoff a.a.O. S. 338, Helfritz, Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart, Festschrift für das PrOVG 1925 S. 62.

4) So O. Mayer a.a.O. Band I S. 3o1 ff.

5) Wolff, § 56 I, II.

während ein auf natürlichem Wege entstehendes Gewässer der abstrakten gesetzlichen Widmung unterfällt.

Aus dem vorher Gesagten folgt, daß der Gesetzgeber dort, wo er vom Gewässer spricht, nicht das natürliche oder künstlich geschaffene Gewässer als eine ontologische Erscheinung, sondern einen hieran zwar anknüpfenden, letztlich aber doch eigenartigen Zweckbegriff meint. Darüber hinaus ist dieser Rechtsbegriff Gewässer nochmals geprägt durch das öffentliche Sachenrecht. Seine Bestimmung erfordert daher neben der Auslegung der einschlägigen Gesetzesvorschriften zweierlei : Eine am spezifischen Ordnungszweck der neuen Wassergesetze ausgerichtete Einengung der möglichen Begriffsinhalte -das wird Aufgabe des folgenden Abschnitts sein- und eine Fixierung des Begriffs durch Ermittlung der besonderen "Pflichtigkeit" der Gewässer. Denn ein Gewässer als öffentliche Sache reicht soweit, wie es von Wassergesetzen im Interesse bestimmter öffentlicher Zwecke unmittelbar oder mittelbar zulässigerweise [1]

---

1) Salzwedel,Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht, ZfW 1962,S.82,ist bei Zugrundelegung der von der h.M.befürworteten extensiven Auslegung der Duldungspflichten des Gewässereigentümers der Ansicht, in der Summe der Beschränkungen des Gewässereigentums-insbesondere in der totalen Aufhebung der Privatnützlichkeit des Gewässereigentums- sei eine Legalenteignung zu sehen.
Hierbei sei jedoch (Vergl.Salzwedel, Der Rechtsweg im Wasserrecht WaWi, Heft 12 S. 58) der Akzent weniger auf die Verfassungswidrigkeit, als auf die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung zu legen.
Auch Gieseke scheint trotz seiner Ausführungen in " Sozialbindung des Eigentums im Wasserrecht", Festschrift für H.Lehmann,S.3o8 ff.nicht davon überzeugt zu sein, daß der Landesgesetzgeber Gewässereigentum gewährleistet hat, denn in seinem Aufsatz "Rechtseinheit im Wasserrecht", RdWaWi Heft 9 S.18 f. führt er aus, daß die Pflicht zur unentgeltlichen Duldung der Gewässerbenutzung auch für den Grundwassereigentümer gelte. Das hierin liegende Jonglieren mit dem Eigentumsbegriff sei jedoch unbeachtlich, denn "man wollte wohl nur einen kurzen und auch unmißverständlichen Ausdruck wählen, ohne sich über

(Fortsetzung der Anm. auf der folgenden Seite)

in Beschlag genommen ist. Letzteres wird außerhalb kasuistischer Billigkeitserwägungen, vielmehr methodisch exakt nur im Zusammenhang mit der Untersuchung der öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung als dem wesentlichen Beschlagmittel erfolgen können.

3. Verfassungsrechtliche Auslegungsschranken

a) Problemstellung

Auszugehen ist von der Erkenntnis, daß die Einbeziehung eines Gewässers in den sachlichen Geltungsbereich des WHG und der Landeswassergesetze die oben bereits angedeuteten Rechtsfolgen hat : Das Gewässer wird

noch Anm. 1 von S.21) die Konstruktionsfragen den Kopf zu zerbrechen."
Diese terminologische Unkorrektheit des Gesetzgebers interessiert hier jedoch weniger; entscheidend ist vielmehr die von Gieseke an dieser Stelle unbeantwortet gelassene Frage, ob der Gesetzgeber an die Stelle eines echten Grundeigentumsrechts ein ius nudum -ein leeres Wort- setzen kann.
Die ganz h.M. sieht jedoch in der Ausgestaltung des Gewässereigentums durch die neuen Wassergesetze einen Fall zulässiger Eigentumsbindung,Vergl. insbesondere Sievers S.9, der Art. 14 GG auf das Gewässereigentum überhaupt nicht anwenden will:"Die öffentlich-rechtliche Ordnung des Wasserhaushalts im Unterschied gerade vom Eigentum aber hat im Art. 75 Nr. 4 GG ihre eigene, besondere Verfassungsgrundlage. Dazu kann Art. 14 nicht noch herangezogen werden, auch nicht ausnahmsweise."
Im Rahmen dieser Untersuchung kann diese praktisch hochbedeutsame Frage schon aus Raumgründen nicht entschieden zu werden, sie braucht aber vor allem deshalb nicht beantwortet zu werden, weil sie für den behandelten Gegenstand im Ergebnis unerheblich ist. Sollte nämlich in den Beschränkungen des Gewässereigentums eine Legalenteignung zu sehen sein, so sind die betreffenden Bestimmungen wegen Fehlens der in Art.14 III Satz 2 GG vorgeschriebenen sogenannten Junktimklausel nichtig, und wenn ohne diese Bestimmungen den übrigen Vorschriften der Landeswassergesetze keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt, sind die gesamten Landeswassergesetze nichtig (Vergl. BVerfG in NJW 59,475).

eine öffentliche Sache, grundsätzlich alle Benutzungen sind erst nach vorhergegangener Kontrolle und Gestattung durch die zuständige Wasserbehörde zulässig, und dem Gewässereigentümer werden weitgehende Duldungs- und Unterhaltungspflichten auferlegt. In dieser Situation treten unter zwei Gesichtspunkten verfassungsrechtliche Zweifel auf, denen nachzugehen angezeigt ist, um so von vornherein alle sachlich unbegründeten Auslegungsversuche abzuschneiden : Einmal kann in dieser gesetzlichen Regelung eine unzulässige Legalenteignung, zum anderen eine Verletzung des verfassungsstarken Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gesehen werden.

Was den ersten Punkt angeht, so muß hier davon ausgegangen werden, daß sowohl die gesetzliche Regelung als solche, als auch die mögliche Einbeziehung bestimmter Wasseransammlungen in den sachlichen Geltungsbereich der Wassergesetze keine Legalenteignung -z.B. mangels Vorliegens des öffentlichen Interesses- darstellt. Es würde zudem den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, wenn hier auf dieses insbesondere von Salzwedel [1] akzentuierte Problem mit der in jedem Fall erforderlichen Gründlichkeit eingegangen würde.

Das zweite Bedenken hat einen sachlich früher liegenden Ansatzpunkt. Während die Enteignung in einem bestimmten Rechtserfolg offenbar wird, hat die Frage nach der Verhältnismäßigkeit das angewandte Mittel zum Gegenstand. In unserem Zusammenhang muß diese Frage folgendermaßen gestellt werden: Darf der Wassergesetzgeber von Verfassungs wegen zum Zweck der Ordnung des Wasserhaushalts auch Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung seiner Regelung unterstellen ?

1) Siehe: Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht in ZfW 1962 S. 80 ff.

b) Verbot der Willkür des Gesetzgebers

Man hat versucht, den Beweis für die Unzulässigkeit des Grundsatzes des Verbots der Gewässerbenutzung mit dem Vorbehalt der Erlaubnis überhaupt zu führen.[1] Das entscheidende Argument war die angebliche Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit durch den Wassergesetzgeber. Soweit ersichtlich, wird diese Ansicht jedoch heute von keiner Seite mehr vertreten, sicherlich zu Recht. -Diese Diskussion soll hier auch nicht wieder aufgenommen werden. Hier kann es nur darum gehen, eine Antwort auf die oben formulierte Frage, die nur einen speziellen Aspekt des Krüger`schen Themas betrifft, zu finden.

Daß auch für den Gesetzgeber das allgemeine Willkürverbot gilt,[2] ist unbestritten . Willkürlich wäre es beispielsweise, wenn auch der Swimming-Pool im Garten, das Wasser in Leitungen oder anderen vergleichbaren künstlichen Behältnissen als Gewässer im Sinne der Wassergesetze behandelt würden. Wasser oder Wasseransammlungen, die entweder in keinem Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserhaushalt stehen oder aus anderen Gründen auch bei einer abstrakten Betrachtungsweise keinerlei Bedeutung für den natürlichen Wasserhaushalt haben können, können nicht zulässigerweise Gegenstand der Regelung des WHG und der Landeswassergesetze sein. Für die Erreichung des Ordnungszwecks der Wassergesetze ist das nicht nur nicht

---

1) So Krüger, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung,S.11 ff.insbesondere S. 27 ff. Dagegen z.B. Gieseke, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung DÖV 1958 S. 327 ff.

2) BVerfGE 3,162 (182); 4, 144 (155); Leibholz,Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl. 1951, 193 ff.; Ipsen in Neumann-Nipperdey- Scheuner, II, S. 187.

erforderlich, es wäre auch offensichtlich unsachlich, also willkürlich. Im Ergebnis ist dieses Verständnis des Gewässerbegriffs auch eine Selbstverständlichkeit. [1]

c) Gebot der Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischen Handelns

Schwieriger wird es allerdings, wenn man sich von dieser sachlich unergiebigen Willkürschranke weg auf den Gewässerbegriff zu bewegt und eine weitere Einengung des gesetzgeberischen Dispositionsraumes markieren will. Die ganz herrschende Meinung [2] bejaht eine Ermessensbindung des Gesetzgebers, wobei immer wieder -allerdings mit verschiedenem Inhalt- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Bindungskriterium angeführt wird. In Anlehnung an den im Verwaltungsrecht [3] eingebürgerten Begriff versteht man hierunter, daß das zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzte Mittel nicht unangemessen sein darf. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist somit als ausgewogenes Verhältnis von Mittel und Zweck zu verstehen.

- 26 -

1) So Amtliche Begründung zum WHG,BT-Drucksache 2o72,S. 21.

2) Vergl.BVerfG in BVerfGE 6,84 (93 f.); 7,32o (323 f.); 377 (sog.Apotheken-Urteil);8,274 (31o); 9,39 (51 ff.); 9,338 (344 ff.);1o,1o3 ff.; 11, 3o ff. 4o ff.); 11,168 (183 ff.); 14,22 f.;14,263 (28o ff.); 15,97 (115 ff.); 16,194 (2o2); 17,1o8 (117); 19,324 (348 f.);
BGH in DVBl. 1953, 37o f.;BGHSt 4, 375 ff.; DÖV 1955, 729 ff.
Zur Enteignungsrechtsprechung des BGH, die sich an vielen Stellen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels zu dem angestrebten Erfolg befaßt, siehe Bender, Sozialbindung und Enteignung, in NJW 1965, 1297.
BVerwG, in BVerwGE. 3,21 ff.;DÖV 1957, 667.
Hamann,Kommentar zum Grundgesetz,Einführung I D 7 a und C 8 zu Art. 19; H.Krüger,DVBl. 195o, 628; DÖV 1955,598, 1956,554; 1958,675 ff.Grundfragen einer rechtsstattlichen Wassergesetzgebung S. 32 ff.
Scheuner DVBl. 1958, 849
A.A. Peters, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern, S. 26 f.

3) Vergl. § 15 OBG von NRW;Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 271; Wolff, Verwaltungsrecht S. 117.

Seine Begründung im Verfassungsrecht ist verschieden. Das Maß der Bindung des Gesetzgebers durch das Gebot verhältnismäßigen Handels ist geringer als das der Verwaltung. Der Grund wird einmal gesehen in der Rechtsstaatlichkeit [1] als essentieller Eigenschaft eines grundgesetzmäßigen Staates. In der Sache hieran anknüpfend leitet der BGH [2] das Verbot übermäßigen staatlichen Eingriffs aus der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG her, während von Kraus [3] den Standort dieses Verfassungsgrundsatzes in Art. 2 I GG und Dürig [4] ihn in Art. 1 I GG sieht.

Es erscheint jedoch erforderlich, diese formelhaften Begründungen zu verdeutlichen und in einigen Punkten zu korrigieren. Lerche hat in seiner grundlegenden Untersuchung die Verfassungsstruktur des Übermaßverbots dargestellt und zutreffend den folgenden dogmatischen Übermaßbegriff entworfen: Eine Ermessenbindung des Gesetzgebers durch Verfassungsnormen setzt, wie jede Ermessensbindung, den "Vollzug" dirigierender

- 27 -

---

1) Vergl. BVerfG in BVerfGE 9,137 ff. führt aus, daß die "vom Rechtsstaat intendierte Freiheit des einzelnen vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt" dem Gesetzgeber Grenzen steckt. Ebenso BVerfGE 17, 3o6 (314).

2) Siehe Anm. 2 auf S. 25.

3) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,S.36. Seine Argumentation ist vereinfacht wie folgt:Art.2 I GG begrenzt das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nur durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Diese grundlegende Verfassungsnorm ist allgemeinverbindlich, auch für den Gesetzgeber. Jede "unnötige" Belastung des einzelnen ist daher eine Verletzung des Art. 2 I GG.

4) Vergl.Der Grundsatz von der Menschenwürde,AöR 81, 117 ff.Der Mensch werde entpersönlicht,zum Objekt degradiert wenn der Staat in seine Rechte stärker eingreife,als dies vom Gemeinwohl unabweislich gefordert werde.

5) Übermaß und Verfassungsrecht.

Normen [1] voraus.[2] An diese These schließt sich daher die Schlußfolgerung an, daß der Übermaßgedanke nur dort Berechtigung hat, wo der Gesetzgeber in einen verfassungsstarken Rechtsbezirk in spezifischer Weise eingreift. [3] Im übrigen ist nur Raum für das allgemeine Willkürverbot.

In dem uns interessierenden Zusammenhang kommt eine gesetzliche Beschränkung, Beschneidung oder Entziehung des Gewässereigentums durch eine sachlich nicht erforderliche Einbeziehung von Wasseransammlungen in den Geltungsbereich des WHG und der Landeswassergesetze in Betracht. Der Begriff Eigentum in Art. 14 I Satz 1 GG kann nicht -auch nicht im Wege einer naturrechtlichen Überhöhung- als Rechtsbezirk mit dem hier zu fordernden Eigengewicht angesehen werden. Art. 14 I Satz 1 GG setzt einmal einen verfassungsrechtlichen Rahmen für die Ermächtigung des Art. 14 I Satz 2 GG und stellt zum anderen durch eine gesetzestechnische erforderliche Verweisung auf Art. 14 I Satz 2 GG eine "Mindestgarantie" für das in rechtsgeschichtlicher Tradition entstandene oder durch vorangegangenes Tun des Gesetzgebers geschaffene Eigentum dar. Beide, sowohl die Verweisung als auch die Mindestgarantie schaffen keinen "substanzerfüllten", "eingriffstauglichen" Rechtsbezirk. [4] Das gleiche muß für die vom Gesetzgeber aufgrund des Art. 14 I Satz 2 GG vorgenommene konkrete Eigentumsausgestaltung gelten. Lerche [5] sieht zu Recht in Art. 14 I Satz 2 GG eine "grundrechtsprägende"Norm, die dem

- 28 -

1) Lerche a.a.O. S.63 f.spricht von "Verfassungsaufträgen",worunter "zumindest Teilinhalte der Art. 1 I Satz 2;II, 6 I,II Satz 2; IV, V; 9 III; 14 I Satz 1 GG" zu verstehen seien.

2) Lerche a.a.O. S.65 f.86;In diesen Bereichen (der dirigierenden Verfassung)- u n d n u r i n i h n e n - gibt es daher gesetzgeberisches Ermessen."

3) Lerche a.a.O. S. 22

4) Lerche a.a.O. S. 14o ff.

5) a.a.O. 14o ff. und 1o7.

Gesetzgeber die Prägung, grundsätzlich freie Gestaltung des Eigentums- und Erbrechts - aufgibt. Ihm bei dieser Grundrechtsprägung außer durch das Willkürverbot und die Beschränkungsmöglichkeit des Art. 14 III GG auch noch durch die Aufrichtung von Ermessensschranken Dispositionsraum zu nehmen, würde jede den sozialen Notwendigkeiten gerecht werdende Entwicklung unserer Wirtschaftsverfassung unerträglich hemmen. [1] Das wird besonders deutlich im Wassernutzungsrecht, wie Gieseke [2] in einem weiteren Zusammenhang -bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des durch § 2 WHG eingeführten Prinzips der Verwaltungskontrolle der Gewässerbenutzungen- überzeugend nachgewiesen hat.

Zusammengefaßt läßt sich somit feststellen, daß sich vom Grundgesetz her, ausgehend von der Freiheit oder Bindung des Gesetzgebers, für den Gewässerbegriff keine greifbare Einengung gewinnen läßt.

4. Begrenzung vom Zweck der Wassergesetze

Dem Zweck der Wassergesetze, menschliche Einwirkungen auf den Wasserhaushalt in eine verbietende, gebietende und feststellende Rechtsordnung zu setzen, kann es nicht dienlich sein, jedwede Wasseransammlung vollständig dieser Rechtsordnung zu unterstellen. Das muß schon daran scheitern, daß eine präventive Einwirkungskontrolle bezüglich vieler dieser Objekte gar nicht möglich ist, sie also insofern nicht ordnungsfähig sind. Einen Hinweis auf weitere aussagekräftige Bestimmungskriterien gibt § 1 WHG: Wasserwirtschaftliche Bedeutung und Größe der Wasseransammlung.

Bevor auf die Relevanz dieser und anderer Merkmale für den Gewässerbegriff grundsätzlich eingegangen

1) So auch Kreft, Eigentumsinhalt und Enteignung bei der Festsetzung von Wasserschutzgebieten in RdWaWi 1971, 42 ff.
2) Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung in DÖV 1958, 327 ff.

wird, soll zunächst die Frage des räumlichen Geltungsbereichs des WHG anhand des Verhältnisses Meer zu Binnengewässern behandelt werden.

a) Der sachliche und räumliche Geltungsbereich des WHG

aa) Die Regelung des § 1 WHG.

Unter der Überschrift "Sachlicher Geltungsbereich" beschreibt § 1 WHG in seinem Absatz I die Gewässer, für die das WHG"gilt" und ermächtigt die Landeswassergesetzgeber in den Abs. II und III bestimmte Gewässer von den Bestimmungen des Gesetzes auszunehmen und die seewärtige Begrenzung derjenigen oberirdischen Gewässer die nicht Binnenwasserstraßen des Bundes sind, zu bestimmen.

Unter dem Gesichtspunkt des räumlichen Geltungsbereichs des WHG kann nur die Frage der seewärtigen Begrenzung der Gewässer von Bedeutung sein. Nach Einfügung des § 1 II 1 a WHG durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes vom 15.8.67 (3.ÄndG) [1] ist diese Frage endgültig [2] und sachlich abschließend dahingehend beantwortet worden, daß die seewärtige Begrenzung des Küstenmeeres, die mit der Drei-Meilen- Zone [3] identisch ist [4], den räumlichen Geltungsbereich des WHG abstrakt.

Den Anlaß und die Begründung dieser begrüssenswerten gesetzlichen Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs

1) BGBl. I S. 9o9,in Kraft getreten am 1.1.1968

2) Hinsichtlich des bisherigen Meinungsstreits vergl. Ausführungen S. 3o f.

3) Zu diesem Begriff siehe Strupp-Schlochauer,Wörterbuch des Völkerrechts, III S. 388,

4) Sieder-Zeitler, § 1 Anm. 11 e.

des WHG offenbaren die dem WHG zugrunde liegenden Absichten und Zwecksetzungen, die insbesondere auch für eine Eingrenzung des Gewässerbegriffs fruchtbar gemacht werden können.

bb) Der Gesetzeszweck der "Ordnung des Wasserhaushaltes "

Bis zum Inkrafttreten des 3. ÄndG waren nur die Binnengewässer Ordnungsobjekte der Wassergesetze. Das entsprach sowohl der einhelligen Ansicht der Literatur [1] als auch dem Willen des Gesetzgebers [2]. Die seewärtige Begrenzung der Gewässer, die dem räumlichen Geltungsbereich der Wassergesetze entspricht, wurde durch die "Linie des mittleren höchsten Flutwasserstandes oder der ordinären Flut" vorgenommen.[3] Dieses Ergebnis war nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut ableitbar. Die Unterscheidung in Salz- und Süßwasser und die in dieser Schlichtheit unzutreffende These, daß nur Süßwasservorkommen durch Wassergesetze schützenswerte Rechtsgüter seien[4], erbrachte kein überzeugendes und praktikables Abgrenzungskriterium. Die Rechtfertigung konnte nur in

1) Gieseke- Wiedemann § 1 Anm.2;Sievers § 1 Anm. 16, Sieder-Zeitler § 1 Anm.4; Witzel § 1 Anm. 1

2) BT- Drucksache Nr. 2o72, 2. Wahlperiode 1953, S. 21

3) Lüders, Wo endet an der Nordseeküste der Geltungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes ? in WuB 1959, 189 (191);derselbe,Der örtliche Geltungsbereich des NiedersWG an der Nordseeküste, WuB 1963, 224 und Rehder, Der örtliche Geltungsbereich des NiedersWG an der Nordseeküste, WuB 1963, 339. Für das PrWG:Holtz-Kreutz-Schlegelberger,Vorbem. VI 3 unter Bezugnahme auf Helfritz,Der Meeresstrand im preußischen öffentl.Recht der Gegenwart,in Festgabe zur Feier des 5o-jährigen Bestehens des Preußischen Verwaltungsgerichts, S.63 f.;RGZ 44,124;OGG 62, 295

4) So Köhler, Gewässer, Bewilligung und Gewässereigentum, S. 8 Anm. 2o.

dem grundlegenden Zweck des WHG gefunden werden, eine Ordnung des Wasserhaushaltes durch eine vorsorgliche Kontrolle aller nicht unerheblichen Einwirkungen auf Gewässer zu verwirklichen. Das BVerfG hat im Zusammenhang mit der Prüfung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das "Gesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen vom 17.8.1960" den Begriff "Wasserhaushalt" wie folgt beschrieben [1] :

> " Der Wasserhaushalt eines Gebietes als Naturvorgang ist einer rechtlichen Regelung nicht zugänglich. Jedoch können die menschlichen Einwirkungen auf Oberflächen- und Grundwasser einer allgemein verbindlichen Normierung unterworfen werden. Diese Einwirkungen vermögen sowohl die Menge als auch die biologische und chemische Beschaffenheit des Wassers zu beeinflussen. Beides ist für eine ordnungsgemäße Versorgung mit Trink- und Brauchwasser für die Landeskultur gleichermaßen von Bedeutung. Die rechtliche Ordnung des Wasserhaushaltes muß also Regeln für die haushälterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte vorsehen. Daraus ergibt sich, daß der im Grundgesetz verwendete Begriff Wasserhaushalt dem sonst verwendeten Begriff Wasserwirtschaft entspricht. "

Nach diesem durch den grundlegenden Gesetzeszweck vorgegebenen Maßstab -die haushälterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte, um eine ordnungsgemäße Versorgung der Landeskultur mit Trink- und Brauchwasser zu gewährleisten- ist der örtliche Geltungsbereich des WHG zu bestimmen und allgemein eine Auslegung des Gesetzes, insbesondere auch eine Inhaltsbestimmung der wasserrechtlichen Grundbegriffe "Gewässer" und "Gewässerbe - nutzung" vorzunehmen.

---

1) in DÖV 62, 863 ff.

Es stellt sich die Frage, ob durch die Einbeziehung der Küstengewässer in den Geltungsbereich des WHG dieser Gesetzeszweck relativiert worden ist und seine prägende Kraft für das Wassernutzungsrecht teilweise eingebüßt hat, da die Wasserhaushaltsordnung -wie vorstehend erläutert- sicherlich nicht in vergleichbarem Maße zu oberirdischen Gewässern und Grundwasser eine haushälterische Bewirtschaftung der Küstengewässer mit der angeführten Zwecksetzung erfordert.

cc) Anlaß und Motive des 3. ÄndG vom 15.8.1967.

Küstengewässer und Meer wurden in dem Maße, in dem wasserrechtliche Benutzungsvorkontrolle Festlandgewässer einem weit und engmaschig gespannaten Schutz unterstellte, bevorzugte Objekte einer postproduktionellen Industrie- Benutzung. Die oberirdischen Gewässer waren von ihrer "klassischen" Funktion als industrieller Abfallsammler und Abfall-Leiter weitestgehend entbunden worden; der trotz des präventiven Benutzungsverbots des § 2 WHG und des Benutzungskatalogs des § 3 WHG verbliebene Spielraum für industrielle Abfalldispositionen war denkbar schmal geworden. In dieser Situation wurden Küstengewässer und Meer in verstärktem Umfang Funktionsträger der industriellen Abfallbeseitigung.

Dem stand für die Küstengewässer lediglich eine ordnungsrechtliche Regelung typischer Benutzungshandlungen -Einleiten und Einbringen von Stoffen [1] - und für das Meer ein internationales Übereinkommen zur Verhütung der Ölverschmutzung [2] entgegen.

---

1) Vergl. die Schleswig-Holst.Polizeiverordnung zum Schutze der Küstengewässer und des Meeresstrandes vom 17.5.1943 (ABl der Regierung Schleswig-Holstein, S. 67)

2) Gesetz über Internationales Übereinkommen zur Verhütung der Verschmutzung der See durch Öl, 1954, vom 21.3.1956.BGBl.S.379 i.d.F. vom 15.8.1967, BCBl. I.S. 9o9.

Auf Anregung der Küstenländer stellte die Bundesregierung den Entwurf des 3. ÄndG auf, in dessen Begründung es u.a. heißt : [1)]

" Verunreinigung der Küstengewässer bleiben angesichts der Wasserbewegung nicht lokalisiert. Sie können durch die Tide an die Küste und zu den Flußmündungen getragen werden, ebenso aber auch durch parallel zur Küste wirkende Strömungen weit verdriftet werden und damit in andere Gewässerbereiche gelangen. Insbesondere können Verunreinigungen im unmittelbaren seewärtigen Bereich der Flußmündungen durch die Tide- Bewegung in den Unterläufen der Flüsse flußaufwärts getragen werden und dadurch die Reinhaltung der Binnengewässer erschweren oder beeinträchtigen. "

" Hier ist nicht nur ein erhöhter Schutz der Meeresfauna und Meeresflora sowie auch der Fischerei und des Krabbenfanges nötig, sondern es gilt, auch den Gütezustand im Interesse weiterer Nutzungen durch den Menschen vorsorglich zu schützen und zu sichern. Angesichts der zu erwartenden Entwicklung des Wasserbedarfs in der Bundesrepublik Deutschland besteht die Möglichkeit, daß in den küstennahen Gebieten künftig auf Meerwasser zur Deckung des Trink- und Betriebswasserbedarfs zurückgegriffen werden muß.... Aus diesen Gründen, aber auch im Interesse des Badens, der Erholung sowie schlechthin im Interesse der Volksgesundheit müssen die Küstengewässer einschließlich des Strandes schon jetzt gegen Verunreinigungen geschützt werden. Das Einbringen von Abfallstoffen und das Einleiten von Abwasser kann deshalb nicht mehr uneingeschränkt zulässig bleiben."

cc) Konkurrierende Gesetzeszwecke

Mit Rücksicht auf die Abhängigkeit des küstennahen Binnenwasserhaushalts von dem Zustand der Küstengewässer und im Interesse einer zukunftsorientierten Vorratspolitik hat der Gesetzgeber die Küstengewässer zu Gewässern i.S.d. WHG erklärt.

- 34 -

---

1) Vergl. BT- Drucksache V/16o1

Seine Motive sind -auch wenn er Zwecke wie "Schutz der Meeresfauna und Meeresflora sowie auch der Fischerei und des Krabbenfanges" verfolgt - überwiegend und vorrangig auf die Ordnung des Wasserhaushalts in dem Sinne, wie das BVerfG diesen Begriff erläutert hat, gerichtet. Folgerichtig sind auf Küstengewässer auch nur diejenigen Benutzungstatbestände anwendbar, die eine wasserwirtschaftliche Relevanz für diese besonderen Gewässer haben. Es sind dies der gleichfalls durch das 3. ÄndG neu eingeführte § 3 Abs. I Z. 4 a WHG und der Auffangstatbestand des § 3 II Z. 2 WHG [1] nicht jedoch hier wasserwirtschaftlich irrelevante Tatbestände wie beispielsweise Entnehmen und Ableiten von Wasser. Aufstauen und Absenken von Wasser, Entnehmen fester Stoffe usf. Diese Selbstbeschränkung des Gesetzgebers bestätigt und bekräftigt den tragenden Gesetzeszweck der Ordnung des Wasserhaushalts hinsichtlich der binnenländischen wasserwirtschaftlichen Erfordernisse. Daß konkurrierende Gesetzeszwecke nur Begleiterscheinung oder Nebenfolge dieser Zielsetzung sind, folgt aus den Motiven und dem Ausschluß des hinsichtlich der Küstengewässer wasserwirtschaftlich nicht bedeutsamen Wassernutzungsrechts.

b) Allgemeine Abgrenzungsmerkmale

Bevor eine Auslegung des § 1 WHG und der ergänzenden Vorschriften der Landeswassergesetze

1) So auch Sieder-Zeidler § 32 a Anm. 4

unternommen wird, soll zunächst noch versucht werden. vom Zweck der neuen Wassergesetze her als einem quasi ungeschriebenen Begriffsmerkmal eine negative Bestimmung des Gewässerbegriffs zu erreichen.

Negativ formuliert erstreben die neuen Wassergesetze vornehmlich den Schutz des Wassers vor unangemessener Inanspruchnahme. Positiv ausgedrückt heißt das : jedem die im konkreten Fall weitestgehend mögliche Wassernutzung ohne Verletzung der Rechte Dritter oder öffentlicher Interessen zu ermöglichen. Wenn also im Mittelpunkt des neuen Wasserrechts das Wassernutzungsrecht und damit der öffentlich-rechtliche Schutz und die Verteilung des Wassers stehen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß nur wasserwirtschaftlich nicht bedeutungslose Gewässer von den neuen Wassergesetzen erfaßt werden sollen.

aa) Die verschiedenen Ordnungszwecke

Das Merkmal der wasserwirtschaftlichen Bedeutsamkeit hat im vorhergehenden Abschnitt [1] schon insofern eine Deutung erfahren, als die Wasserwirtschaft (Wasserhaushalt) als Rechts-

1) Siehe die auf S. 31 zitierten Ausführungen des BVerfG zum Begriff Wasserhaushalt

begriff die Ordnung menschlicher Einwirkungen auf Gewässer z u m Z w e c k e der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Trink- und Brauchwasser und der Schonung und Förderung der Landeskultur beinhaltet. Der Kreis der legitimen Ordnungszwecke, die überwiegend einen über den rein positivistisch verstandenen Ordnungswert hinausgehenden sittlichen Wert verfolgen, ist aufgrund dieser generalisierenden Deutung sehr weit zu ziehen. Eine schmatisierende und damit konkretisierende Darstellung aller legitimen Ordnungszwecke, die das Spiegelbild aller öffentlich-rechtlichen zulässigen -d.h. öffentlich-rechtlich schützbaren - Benutzungs- und Verwaltungszwecke des Wassers wäre, ist nicht möglich oder zumindestens verwirrend vielfältig. Aber in einer anderen Richtung kann erfolgversprechend differenziert werden.

bb) Spezifische Ordnungsfähigkeit der Wasseransammlungen

Ordnen [1] heißt im Recht Abgrenzungen schaffen durch Verbieten, Gebieten oder Feststellen. Dies geschieht durch Einsatz bestimmter Mittel. Im neuen Wasserrecht ist das Entscheidende das Verbot der Gewässerbenutzung mit Erlaubnisvorbehalt. Wo dieses Ordnungsinstrument versagen muß, kann es nicht die von den Wassergesetzen angestrebte Ordnung geben, da die

1) Zum Begriff der Ordnung siehe Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 73 ff.
Vergl. auch Scupin, Polizeirecht S. 35 ff. der den Ordnungsbegriff anhand der Mittel polizeilichen Handelns darstellt.

Gesamtheit [1] der Ordnungsinstrumente die vom Gesetzgeber konzipierte Ordnung konstituiert. [2] Wenn hinsichtlich bestimmter Wasseransammlungen der Ordnungszweck der neuen Wassergesetze mangels spezifischer Ordnungsfähigkeit dieser Gegenstände nicht verwirklicht werden kann, da sie nicht lenkungsfähig sind, und eine Einwirkungskontrolle nicht möglich ist, dann scheiden diese Gewässer aus dem sachlichen Geltungsbereich der Wassergesetze aus. An einer so verstandenen Ordnungsfähigkeit fehlt es beispielsweise bei dem Meer, den Wolken, dem Regen in der Luft [3] und dem sogenannten gefaßten Wasser, das in Leitungen oder anderen Behältnissen von dem natürlichen Wasserhaushalt abgesondert ist.

cc) Die wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit

Damit ist bereits ein weiteres Merkmal der "wasserwirtschaftlichen Bedeutsamkeit" angesprochen, nämlich der Zusammenhang des Wassers oder Gewässers mit dem natürlichen Wasserhaushalt. Wo eine solche Interdependenz, eine wechselseitige Beeinflussung quantitativer und qualitativer Art nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer und mit Gewißheit und vollständig fehlt, liegt kein Gewässer i.S.d. Wassergesetze vor. Das ist z.B. bei dem schon erwähnten gefaßten Wasser, nicht jedoch beim Küstenmeer der Fall, das, wenn auch nicht selbst Benutzungsgegenstand, immerhin wesentliche Station des Wasserkreislaufs ist.

Eine weitere Differenzierung des Begriffs wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit ist in quantitativer

1) Der Grundsatz des § 2 WHG ist für das neue Wasserrecht von so überragender Bedeutung, daß die "pars pro toto-Stellung" hier gerechtfertigt erscheint.

2) Vergl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 44 in einem allgemeineren Zusammenhang.

3) Ebenso Arndt, Wasser und Gewässer außerhalb des Wasserrechts, WuB 1964 S. 33.

und qualitativer Hinsicht möglich.

aaa) Das quantitative Moment

So wird sicherlich niemand auf die Idee kommen, das umfangreiche und zum Teil schwerfällige Ordnungsinstrumentarium der Wassergesetze zum Schutz einer kleinen Regenwasseransammlung, einer "Regenpfütze" einzusetzen, obwohl diese regelmäßig im Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserhaushalt steht, da das Regenwasser üblicherweise versickert und zu Grundwasser wird. Die wasserrechtlich beachtliche, erhebliche Größe eines Gewässers läßt sich allerdings nicht in Zahlen- oder Mengenangaben ausdrücken, sondern soll folgendermaßen quantifiziert werden : Das Gewässer muß abstrakt- typisch tauglich sein, der menschlichen, schützbaren Benutzung überhaupt oder der Landeskultur in nicht ganz untergeordneter Bedeutung zu dienen. In dieser Aussage liegt kein Zirkelschluß.
Es wird nicht vom Gewässer ausgehend -das zu bestimmen ist- die Benutzung und dann rückschließend das Gewässer in Abgrenzung zum Nichtgewässer definiert. Vielmehr soll durch die Bezugnahme auf den Schutzzweck der neuen Wassergesetze das zur Abgrenzung erforderliche Wertungselement sichtbar gemacht werden, das in unserem Zusammenhang in dem bis zur Relevanzschwelle minimalisierten öffentlich-rechtlichen Benutzungs- oder Verwendungsschutz eines Gewässers liegt. Da Zweifel an der Gewässereigenschaft nur beim oberirdischen Gewässer, nicht aber beim Grundwasser auftreten können, muß abgestellt werden auf die Gemeingebrauchstauglichkeit einer Wasseransammlung. Zwar ist der Gemeingebrauch seiner rechtstechnischen Funktion nach nur ein aus dem privaten Eigentum zu bestimmten öffentlichen Zwecken herausgeschnittener Benutzungsspielraum.Seine Abgrenzung zum ungebundenen Eigentum auf der einen und zur unrechten Sondernutzung auf der anderen Seite durch abstrakte Widmungsschranken aber ist ein Ansatzpunkt

für die Erörterung unserer Frage. [1]

Die Gemeingebrauchstauglichkeit stellt nicht auf die konkrete Rechtslage ab und berücksichtigt nicht die bestehenden Rechte Dritter und die Gemeinverträglichkeitsschranken im allgemeinen. [2] Sie ist kein Rechtsbegriff und charakterisiert nicht einen bestimmten Benutzungsraum. Unter Gemeingebrauchstauglichkeit muß vielmehr die technische Möglichkeit verstanden werden, die in den Wassergesetzen auch nur äußerlich -technisch beschriebenen Gemeingebrauchshandlungen hinsichtlich einer bestimmten Wasseransammlung vornehmen zu können. Wenn das möglich ist, so liegt ein Gewässer i.S.d. Wassergesetze vor -natürlich immer unbeschadet der gesetzlich ausdrücklich normierten Tatbestandsvoraussetzungen. Wo derartige Benutzungshandlungen oder Einwirkungen rein technisch nicht möglich sind, ist kein Grund für eine öffentlich-rechtliche Beschlagnahme, was kennzeichnend für den Zweckbegriff Gewässer ist, vorhanden. Daß der Gesetzgeber an bestimmten oberirdischen Gewässern, wie Talsperren, nicht abgedeckten Wasserspeichern etc. den Gemeingebrauch als Benutzungsrecht ausgeschlossen hat, steht der Richtigkeit des hier vorgeschlagenen Abgrenzungskriteriums nicht entgegen, denn die bis zur Relevanzschwelle minimalisierte öffentlich-rechtliche Schutzbedürftigkeit eines

- 4o -

---

1) Von unserer Fragestellung zu unterscheiden ist die Bestimmung der verschiedenen Gewässerbestandteile in ihren Grenzbereichen. Hier muß die Gemeingebrauchstauglichkeit als Abgrenzungskriterium versagen, wie folgende Überlegung zeigen mag:Das Gewässerbett ist zweifellos Gewässerbestandteil. Am Gewässerbett aber findet Gemeingebrauch nicht statt. Demnach ist es schon nicht möglich zu sagen, auf welche Art -i.S.d. äußerlichen, technischen Vorgangs -der Gemeingebrauch am Gewässerbett ausgeübt werden könnte. Es wird hier in erster Linie auf die funktionelle Bezogenheit u.Abhängigkeit der verschiedenen Gewässerbestandteile ankommen. Siehe dazu S.95 ff.

2) Vergl. Salzwedel,Gemeingebrauch im Wege-und Wasserrecht in ZfW 1962 S. 75 ff.und die dortige Aufgliederung des Begriffs Gemeingebrauch.

Gewässers wird nicht durch den Gemeingebrauch, sondern durch die Gemeingebrauchstauglichkeit indiziert.

Das WHG verweist in § 23 I auf die landesrechtliche Regelung des Gemeingebrauchs und setzt in § 23 II den Landesgesetzgebern für die Abwassereinleitung Regelungsgrenzen. Sämtliche Landeswassergesetze enthalten Bestimmungen über Art, Umfang [1] und Regelung [2] des Gemeingebrauchs. Die wichtigsten, übereinstimmend normierten gemeingebräuchlichen Handlungen sind : Baden, Waschen, Tränken, Schwimmen, Schöpfen mit Handgefäßen, Eissport und Befahren mit kleinen Fahrzeugen ohne Motorkraft. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Wenn die Beschaffenheit der Wasseransammlung bei verständiger Beurteilung der Umstände eine dieser Benutzungshandlungen gestattet, so kann ein Gewässer i.S.d. Wassergesetze vorliegen.

bbb) Das qualitative Moment

Abschließend soll noch kurz auf das qualitative Moment des Merkmals "wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit " eingegangen werden. Es liegt nahe, diejenigen Gewässer aus dem Geltungsbereich der Wassergesetze auszuscheiden, die wegen ihrer qualitativen Beschaffenheit -z.B. Klärbecken, die sehr stark verschmutztes, giftiges Wasser enthalten- keinerlei Bedeutung für die Gesellschaft und die Landeskultur haben können. Dem stehen jedoch folgende Bedenken entgegen: In aller Regel werden auch diese Gewässer noch einem wasserrechtlich geschützten Zweck, etwa als Vorfluter, dienen. Aber selbst wenn man von dem gesetzten Fall der völligen wasserwirtschaftlichen Bedeutungslosigkeit ausgeht,kann die Qualität des Wassers

1) §§ 26,28 I BadWürttWG; 21 BayWG; 25 I,II BerlWG; 61 BremWG; 9,1o HambWG; 27 I,II HessWG; 25 NiedersWG; 31 NRWWG; 26 RhPfWG; 24 SaarlWG; 17 SchleswHWG.

2) §§ 28 II,III,IV BadWürttWG; 22 BayWG;25 III BerlWG; 63 BremWG; 11,12o HambWG;27 III,IV HessWG; 57 NiedersWG; 32 NRWWG; 27 RhPfWG; 25,26 SaarlWG; 18,19 2o SchleswHWG.

die Gewässereigenschaft nicht beeinflussen. Denn andernfalls könnte man von wasserrechtlichen Vorschriften unangefochten diese Wasseransammlungen als Abfallgrube mit möglicherweise weitreichenden Folgen für den gesamten regionalen Wasserhaushalt benutzen. Im übrigen wäre auch unklar, wo denn die erhebliche Qualitätsgrenze liegen und wer sie bestimmen soll.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß der Gewässerbegriff ein durch das hier spezifisch wasserrechtlich -d.h. nutzungsrechtlich- orientierte öffentliche Sachenrecht geprägter rechtlicher Zweckbegriff ist. Von Verfassungs wegen läßt sich, wenn man von dem sachlich unergiebigen Willkürverbot absieht, eine inhaltsbegrenzende Einengung nicht erreichen. Der Zweck der neuen Wassergesetze aber fordert dreierlei : Das Gewässer muß lenkungsfähig (=Möglichkeit der Einwirkungskontrolle) sein u n d im Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt als Naturvorgang stehen, u n d es muß gemeingebrauchstauglich im Sinne einer so bestimmten technischen Einwirkungsmöglichkeit sein. Alle diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

II. Die Regelung nach dem Wasserhaushaltsgesetz

Wie oben bereits erwähnt wurde, definiert das WHG das Gewässer nicht; § 1 WHG sagt lediglich, für welche Gewässer das Gesetz gilt und welche Gewässer der Landesgesetzgeber von den Bestimmungen des Gesetzes ausnehmen kann. § 1 WHG hat folgenden Wortlaut :

" Sachlicher Geltungsbereich

I. Dieses Gesetz gilt für folgende Gewässer:

1. Das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser (oberirdische Gewässer),

1a. Das Meer zwischen der Küstenlinie bei mittlerem Hochwasser oder der seewärtigen Begrenzung der oberirdischen Gewässer und der seewärtigen Begrenzung des Küstenmeeres (Küstengewässer),

2. Das Grundwasser.

II. Die Länder können kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung sowie Quellen, die zu Heilquellen erklärt worden sind, von den Bestimmungen des Gesetzes ausnehmen. Dies gilt nicht für § 22.

III. Die Länder bestimmen die seewärtige Begrenzung derjenigen oberirdischen Gewässer, die nicht Binnenwasserstraßen des Bundes sind.

Das WHG unterscheidet also lediglich zwischen oberirdischen Gewässern, Küstengewässern und Grundwasser. Eine mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Gewässer, die eine unterschiedliche Behandlung derselben erfordert, weitergehende, unerläßliche Differenzierung ist den ausfüllenden und ergänzenden Landeswassergesetzen vorbehalten geblieben.

1. In Betten stehendes oder fließendes Wasser. Ständig oder zeitweilig in Betten stehendes oder fließendes Wasser und das aus Quellen wild abfließende

Wasser sind oberirdische Gewässer im Sinne des WHG. Daß entgegen dem Wortlaut des § 1 I WHG Wasser und Gewässer hier -bei der ersten Alternative der Vorschrift- keine synonymen Begriffe sind, wurde bereits gesagt. Der Begriff des Gewässers erschöpft sich also sicherlich nicht darin, daß Gewässer als Wasser in einer bestimmten örtlichen Lage (Bett) und auch nicht als Wasser in einer bestimmten Auftrittserscheinung (aus Quellen wild abfließend) bestimmt werden könnte. Soviel kann schon hier gesagt werden, daß zumindest das Bett [1] dem Gewässer zuzurechnen ist. Eine örtliche Abgrenzung des Gewässers u.a. durch Spezifizierung des Begriffs Bett soll einem späteren Kapitel vorbehalten sein.

Ob das Bett natürlich oder künstlich geschaffen ist, ist für die Gewässereigenschaft ebenso unerheblich, wie das Fließen oder Stehen des Wassers im Bett. Nur muß das Bett ständig oder zeitweilig mit Wasser gefüllt sein. Das Merkmal "zeitweilig" fordert eine gewisse Dauer und Wiederholung des Auftretens von Wasser. Ein nur einmaliges und vorübergehendes Bedecken einer vertieften Landfläche mit Wasser, gleichgültig ob Ergebnis eines Naturvorganges oder menschlicher Einwirkung, läßt kein Gewässer entstehen. Vielmehr ist unverzichtbare Voraussetzung für die Annahme eines oberirdischen Gewässers, daß nach der Erfahrung und sachverständiger Voraussicht mit einem, wenn auch nur unregelmäßig wiederkehrenden Auftreten des Wassers gerechnet werden kann. [2] Zu dieser Auslegung müssen als

1) Witzel, Kommentar § 1 Anm.2 definiert den Begriff "Bett" wie folgt:"Bei fließenden Gewässern ein äußerlich erkennbares natürlich oder künstlich geschaffenes Gerinne, das regelmäßig, wenn auch (nur) zeitweilig dem gewöhnlichen Ablauf des Wassers dient. Bei stehenden Gewässern bilden der Boden und die Erdränder, die das Wasser umfassen, das Bett. "

2) Allgemeine Meinung, sieht PrOVG, Entscheidung vom 7.7.1914 IX C 16/64;BGH in WuB 1957, 328.

selbständige Bestimmungskriterien in jedem Fall ergänzend die oben besprochenen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit, Lenkungsvermögen usf. hinzutreten.

2. Aus Quellen wild abfließendes Wasser

Nach dem Wortlaut des §1 I Z. 1 WHG stellt nur das aus Quellen wild abfließende Wasser, nicht jedoch die Quelle das oberirdische Gewässer dar. Diese Ansicht wird in der Tat von verschiedenen Kommentatoren [1] vertreten; die Rechtsprechung hat zu dieser Frage -soweit ersichtlich- nicht Stellung genommen. Schon aus diesem Grunde, nämlich der Anerkennung oder Ausscheidung der Quelle als möglichen Gegenstand der Gewässerbenutzung, des Gewässereigentums usw. ist ein näheres Eingehen auf diese Erscheinungsform oberirdischer Gewässer erforderlich.

Zunächst sei aber der Quellbegriff des § 1 I Z. 1 WHG insoweit, als er einhelliger Ansicht entspricht, wiedergegeben.

a) Der Begriff der Quelle

Eine Quelle liegt hiernach nur vor, wenn Grundwasser an die Erdoberfläche tritt und auf dem Ursprungsgrundstück abfließt. Wesentlich ist also die Herkunft des Quellwassers aus dem Grundwasser, das

1) Sieder- Zeitler § 1 Anm. II 2a;Burghartz § 1 Anm. 2 c;
A.A. Gieseke- Wiedemann § 1 Anm.4; Witzel § 1 Anm. 4; Feldt § 1 Anm. 2 ; R. Sievers § 1 Anm. 3 a; Rehder § 1 Anm. 3 e.

Quillen und der oberirdische Abfluß.[1] Grundwasser, das nicht geregelt -in einem Bett- oder ungeregelt -wild- abfließt, sondern in Tümpeln ohne oberirdischen Abfluß verbleibt, ist kein Quellwasser.[2] Dabei ist allerdings ausreichend, daß das Grundwasser zeitweilig quillt und zeitweilig [3] oberirdisch abfließt.

Das WHG und auch die Landeswassergesetze enthalten keine Definition oder Umschreibung des Quellbegriffs. Jedoch haben die Länder mit Ausnahme von Berlin und Schleswig- Holstein besondere Vorschriften zum Schutz der Heilquellen erlassen und in diesem Zusammenhang entweder den Begriff der Heilquelle ausdrücklich definiert [4] oder implizite umschrieben.[5] Übereinstimmend sind hiernach Heilquellen natürlich zutagetretende oder künstlich erschlossene Wasser - oder Gasvorkommen bestimmter Zusammensetzung. Aber auch der Ausdruck Wasser- oder Gasvorkommen gibt keinen Anhaltspunkt für die Klärung der oben aufgeworfenen Frage der örtlichen Abgrenzung der Quelle. Vielmehr aktualisiert die gesetzliche Definition der Heilquelle nur die weitere Frage, ob von einer Quelle nur dann gesprochen werden kann, wenn Wasser natürlich zutagetritt oder auch bei einer künstlichen Erschließung. Burghartz [6]

---

1) Heppner S.16;Altherr S. 22; für das ehemals PrWG: Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 5 a; RGZ 12, 183; 16, 229; 73, 282;89,84;9o, 28o; für das BadWG: Schenkel S.175; für das ehemals BayWG: Eymann-Schubert II,S.645; Riederer-Sieder Art. 16 Anm. 37;VGH 35,192;26,234. Für das neue Wasserrecht siehe: Sievers § 1 Anm. 3 g;Sieder-Zeitler § 1 Anm.7 c;Kolb § 1 Anm. III; Rehder § 1 Anm. 3 e.

2) Wie Anm. 1

3) Zu diesem Begriff siehe Ausführungen auf S. 44. Ebenso BVerwG in ZfW 1969, 116.

4) §§ 38 BadWürtt-; 38 Bay-; 42 Brem-;4o Hess-; 1o9 Nieders-; 26 NRW-;43 RhPf-; 33 HambWG.

5) § 39 SaarlWG.

6) Burghartz § 1 WHG Anm. 2 c.

nämlich schließt aus der Tatsache, daß Landesgesetzgeber den Begriff Heilquelle definiert haben, deren Eigenart gegenüber anderen Quellen und meint, in Fortführung des bisherigen Rechts (PrWG von 1913) seien Quellen da nicht vorhanden, wo Wasser künstlich zutage gefördert werde. Beide Ansichten -die Beschränkung des oberirdischen Gewässers auf das wild abfließende Wasser und die Verneinung der Quelleigenschaft bei künstlicher Erschließung -sind m. E. in dieser allgemeinen Form nicht haltbar.

Was die erste Frage betrifft, so besteht lediglich Einigkeit darüber, daß die Quelle der Ort ist, an dem unterirdisches Wasser zutage tritt und abfließt (Quellpunkt). Streitig [1] ist aber, ob die Quelle selbst Bestandteil des oberirdischen Gewässers ist. Von Rechtsprechung und Literatur unbeantwortet bleibt ferner die Frage, wie die Quelle zum Grundwasser, zum Quellgrundstück und zum Quellabfluß hin ggf. abzugrenzen ist.

b) Künstliche Erschließung und natürliches Zutagetreten des Grundwassers

Es ist zu klären, ob auch die künstliche Erschließung des unterirdischen Wassers die Quelleigenschaft begründen kann, oder ob von einer Quelle nur dann gesprochen werden kann, wenn sie auf natürlichem Wege, d.h. ohne menschliches Zutun zutage tritt.

Das praktische Interesse an der Klärung dieser Frage ist darin zu sehen, daß der Gesetzgeber -wie noch darzulegen sein wird- das Grundwasser einer im Verhältnis zu den oberirdischen Gewässern weitergehenden sozialen Bindung und Verwaltungskontrolle unterworfen hat. Daher ist insbesondere mit Rücksicht auf die

1) Siehe die unter Anm. 1 auf S.45 angegebenen Autoren, die ihre Ansicht allerdings nicht begründen.

unterschiedliche Benutzungsregelung bedeutungsvoll, ob durch eine künstliche Grundwassererschließung eine Quelle und somit ein Bestandteil eines oberirdischen Gewässers entstehen kann.

Burghartz ist, wie bereits oben erwähnt, der Ansicht, das Grundwasser müsse auf natürlichem Wege zutage treten. Er stützt sich zur Begründung seiner Ansicht auf die Landeswassergesetze. [1] Diese Bezugnahme und die sich daran anschließende Schlußfolgerung -die Definition oder Beschreibung der Heilquelle, die auch vorliegt, wenn Grundwasser künstlich erschlossen wird, zeige, daß nach dem Willen des Landesgesetzgebers die Quelle von der Heilquelle verschieden sein soll- vermag nicht zu überzeugen. Sicherlich ist die Quelle von der Heilquelle verschieden, denn nicht jede Quelle ist eine mit heilenden Eigenschaften ausgestattete Quelle. Die Annahme daher, daß die Definition der Heilquelle erfolgte, um so klar zu stellen, daß im Gegensatz zu den übrigen Quellen auch bei künstlicher Erschließung eine Heilquelle vorliegt, ist doch recht fernliegend. Vielmehr war Anlaß der gesetzlichen Definition oder Umschreibung die verbindliche Darstellung anderer Eigenarten der Heilquelle, insbesondere die Zusammensetzung und Wirkungsweise des Heilquellwassers.

Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage liegt nicht vor. Das Reichsgericht [2] hat zwar einmal den extensiven Quellbegriff vertreten, allerdings ist diese Entscheidung hier nicht heranziehbar, da sie sich auf das Preußische Quellenschutzgesetz vom 14.5.1908 stützt, das in seinem § 1 die künstliche Erschließung dem natürlichen Zutagetreten ausdrücklich gleichgestellt hat. In der Literatur zu den alten

1) Siehe § 1 Anm. 2 c.

2) in RGZ 90, 280.

Landeswassergesetzen [1] wird überwiegend der weitere Quellbegriff vertreten. Eine klare, begründete Stellungnahme -mit Ausnahme der oben wiedergegebenen Ansicht von Burghartz- ist in der Literatur zu den neuen Wassergesetzen [2] nicht zu finden.

Das Problem kann vom Quellbegriff her nicht gelöst werden. Die Wortbedeutung "quillen" - mächtig ans Licht drängen, sprudeln [3] - spricht zwar dafür, daß wesentlicher Bestandteil des Quellbegriffs das natürliche Zutagetreten ist; aber dieses Interpretationsmittel allein ist zu unzuverlässig. Einen erfolgversprechenden Ansatzpunkt bietet die Frage nach der gesetzgeberischen Zweckverfolgung bei der Unterteilung der Gewässer in oberirdische und unterirdische.

Die alten Landeswassergesetze [4] hatten gegen eine übermäßige Inanspruchnahme des Grundwassers nur höchst unzulängliche Vorkehrungen getroffen. Mit Rücksicht auf die hervorragende Bedeutung des Grundwassers vornehmlich als Trinkwasserreservoir hat das WHG das Grundwasser nicht nur den oberirdischen Gewässern in der Schutzwürdigkeit gleichgestellt, sondern in entscheidender Beziehung,

- 49 -

---

1) Holtz- Kreutz- Schlegelberger § 1 Anm.5 a; Riederer-Sieder Art. 16 Anm. 37; Schenkel S. 175; Harster-Casimir S. 99.

2) Allerdings setzen sich Kolb § 1 III, Gieseke-Wiedemann § 1 Anm. 4 und Sieder-Zeitler Anm. II 2 a mit dieser Frage insofern auseinander, als sie untersuchen ,ob die Benutzung eines oberirdischen Gewässers oder des Grundwassers vorliegt, wenn Quellwasser künstlich erschlossen und unmittelbar in Rohren oder Leitungsnetzen aufgefangen wird. Im Ergebnis sind alle offenbar der gleichen Ansicht (obwohl wegen der mißverständlichen Formulierung von Kolb und der recht knappen Ausführungen von Gieseke-Wiedemann ein sachlich gegenstandsloser Streit entstanden ist): Die künstliche Erschließung steht der Annahme einer Quelle nicht entgegen(So Kolb a.a.O.ausdrücklich), allerdings hindert die sofortige Fassung des Quellwassers das Entstehen eines oberirdischen Gewässers, es liegt eine Grundwasserbenutzung nach § 3 I Z.6 WHG vor.

3) So Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache S.54o

4) Siehe z.B. §§ 2oo ff. PrWG.

nämlich dem Benutzungsrecht, einer noch weitergehenden sozialen Bindung und Verwaltungskontrolle unterworfen. So findet am Grundwasser ein Gemeingebrauch nicht statt, der Eigentümergebrauch [1] ist enger als beim oberirdischen Gewässer, und die Zulässigkeit der Sondernutzung ist besonders beschränkt. [2]

Da der Gesetzgeber dem Grundwasser aus wasserwirtschaftlichen Gründen diese Beachtung geschenkt hat, kann die künstliche Erschließung des Grundwassers nicht als Quillen von Grundwasser mit der Folge, daß ein oberirdisches Gewässer entsteht, wenn das Wasser wild oder geregelt abfließt, angesehen werden. Unter keinen Umständen ist eine Grundwassererschließung zu beliebigem Zweck [3] rechtmäßig. Man darf Grundwasser erschließen und in Rohrleitungen und Behaltnissen etc. auffangen -also "fassen"-, wenn ein Sondernutzungsrecht erteilt worden ist, oder zulässiger Eigentümergebrauch vorliegt; in keinem Fall aber darf man erschlossenes Grundwasser so ableiten, daß es wild abfließt oder in einem Bett steht oder fließt. Das ist rechtswidrig und muß von der zuständigen Wasserbehörde unterbunden werden, denn eine auf diesen Zweck gerichtete Grundwassererschließung ist mit der von den neuen Wassergesetzen angestrebten haushälterischen Bewirtschaftung dieses kostbarsten Wasserschatzes überhaupt unvereinbar. Nur wenn der Schutz der oberirdischen Gewässer weiter ginge als der hinsichtlich des Grundwassers, wäre in der Annahme, daß auch das durch künstliche Erschließung bewirkte

- 5o -

1) Vergl.§ 33 WHG mit § 24 WHG. Näheres hierzu in Teil III.

2) Vergl. § 34 I WHG mit §§ 26 I und 6 WHG.

3) Anders zu beurteilen ist der Fall, daß Grundwasser zu Trink- und Brauchwasserzwecken erschlossen wird und dann aus irgendwelchen Gründen in der genannten Art abgeleitet wird oder daß die Grundwassererschließung gem. § 33 I Z.2 WHG zum Zwecke der gewöhnlichen Bodenentwässerung landwirtschaftlich, fortwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzter Grundstücke erfolgt.

Zutagetreten von Grundwasser ein Quillen i.S.d. § 1 I Z. 1 WHG ist, kein Verstoß gegen den offenkundigen Gesetzeszweck zu sehen. Die neuen Wassergesetze haben jedoch aus gutem Grund den umgekehrten Weg eingeschlagen und das Grundwasser einer engmaschigeren öffentlich-rechtlichen Ordnung unterworfen.

Somit ist im Ergebnis Burghartz [1] gegen die im übrigen einhellige Meinung in der Rechtslehre [2] zuzustimmen, daß nur das natürlich zutagetretende Grundwasser eine Quelle i.S.d. § 1 I Z. 1 WHG bildet.

Allerdings bedarf der Begriff Grundwassererschließung einer differenzierteren Klärung. Es wäre unrichtig, hierunter jede das Zutagetreten von Grundwasser fördernde Maßnahme zu verstehen; zumindest muß der Begriff so, wie er in der obigen Deduktion verwandt worden ist, einen spezifischen Inhalt haben.

Wenn als Folge einer Handlung, die als Grundwasserbenutzung zu qualifizieren ist, Grundwasser an die Erdoberfläche tritt, dann entsteht keine Quelle. Zu denken ist an Bohrungen zu technischen Zwecken oder die Erstellung eines Brunnens. Sodann kann das angezapfte Grundwasser für die Folgezeit natürlich, d.h. ohne menschliches Zutun, aus der Erde hervortreten, oder aber es sind künstliche Vorrichtungen wie Pumpen oder Quellf
sungen für das Zutagetreten mit ursächlich.

Wenn das einmal erschlossene Grundwasser dann auf natürlichem Wege ohne menschliches Zutun zutage tritt, so ist eine Quelle gegeben. Aus Grundwasser wird dann ein oberirdisches Gewässer. Es ist nämlich schlechterdings unmöglich, weil mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar, die Unterscheidung des Grundwassers vom oberirdischen Gewässer davon abhängig

1) § 1 Anm. 2 c.

2) Siehe Anm. 2 auf S. 49.

zu machen, ob erster Anstoß für den Wasserauftritt eine menschliche Handlung war, die eine Grundwasserbenutzung im Rechtssinne darstellt. Wer sollte dann nach 1o oder gar 1oo Jahren noch entscheiden, was eine Quelle ist und was nicht.

Sind jedoch künstlich geschaffene Vorrichtungen oder wiederkehrende menschliche Handlungen für das Zutagetreten des Grundwassers dergestalt erforderlich, daß entweder eine größere Menge Grundwasser an die Erdoberfläche tritt, oder Grundwasser aus anderen Grundwasserbecken oder -schichten angezapft wird, als dies bei unbeeinflußtem Quillen der Fall sein würde, dann wird man das Vorliegen einer Quelle verneinen müssen. Zwar kann es dem Quelleigentümer nicht untersagt sein, seine Quelle den jeweiligen technischen Möglichkeiten entsprechend rationell zu fassen, wenn hierin aber eine selbständige Grundwasserbenutzung zu erblicken ist, geht die Quelleigenschaft des Wasserauftritts verloren. [1)]

c) Quelle und Quellgrundstück

Hinsichtlich der in Betten fließenden oder stehenden Gewässer ist im Ergebnis unbezweifelbar, daß Gewässerbestandteil nicht nur das Wasser, sondern auch das Bett ist. [2)] Das ergibt sich aus der Bedeutung, die das Gewässerbett für die Benutzung, den Ausbau und die Unterhaltung hat. So eindeutig ist

---

1) Dieser Ansicht scheinen auch Holtz-Kreutz-Schlegelberger zu sein, wenn sie zu § 2oo Anm. 3 ausführen: "Zutageförderung unterirdischen Wassers im Sinne des § 2oo liegt auch dann vor, wenn das Wasser einer Quelle stärker ausgepumpt wird, als ihrem natürlichen Zufluß entspricht, so daß der Zufluß unterirdischen Wassers zur Quelle künstlich gesteigert wird. "

2) Siehe Ausführungen unter Teil II, I 1 und insbesondere IV 2.

die entsprechende Frage bezüglich der Quelle nicht zu beantworten, da es rein tatsächlich fast immer kein äußerlich erkennbares und abgrenzbares Quellbett gibt. Eine wesentliche Gemeinsamkeit besteht jedoch zwischen beiden Gewässerkategorien : Das fließende und stehende Gewässer sowie das aus Quellen wild abfließende Wasser stehen in einer tatsächlichen funktionellen Abhängigkeit vom Gewässerbett bzw. von dem unmittelbar am Quellpunkt angrenzenden Grundstück. Jede tatsächliche nicht unwesentliche Einwirkung auf das Gewässerbett hat Auswirkungen auf das im Bett fließende oder stehende Wasser, sei es, daß eine quantitative, sei es, daß eine qualitative Veränderung desselben eintritt, dann das Quillen des Wassers ist nicht denkbar ohne den Grundstücksraum und die Grundstücksfläche, in dem und auf dem das Wasser an die Erdoberfläche tritt und abfließt. So kann u.U. ein einziger Spatenstich unmittelbar am Quellpunkt die Quelle zum Versiegen bringen, die Abflußrichtung oder die Quellstärke kann sich ändern. Würde man hierin nicht die Benutzung eines oberirdischen Gewässers sehen, weil man das angrenzende Grundstück nicht als Bestandteil der Quelle auffaßt, so wäre der vom Gesetzgeber angestrebte umfassende Schutz aller Gewässer an einer entscheidenden Stelle lückenhaft; denn die oben genannte oder ähnliche Handlungen wird man sicherlich nicht als Grundwasserbenutzungen qualifizieren können.

Diese an den natürlichen hydrologischen Gegebenheiten und am eindeutigen Gesetzeszweck orientierte Auslegung des Begriffs Quelle führt zu dem begründeten Ergebnis, daß das an den Quellpunkt angrenzende Grundstück Bestandteil der Quelle und damit Gewässerbestandteil ist.

Da diese grundsätzliche Frage bisher begründet nicht geprüft worden ist, fehlen auch entsprechende Versuche der örtlichen Abgrenzung des so verstandenen

Quellbegriffs zum Quellgrundstück.[1] Die Schwierigkeit eines solchen Unterfangens liegt darin, daß eine erkennbare natürliche Grenze relativer Konstanz, wie wir sie beim Gewässerbett vorfinden, nicht vorhanden ist. Man wird zwar häufig ein sogenanntes Quellbecken antreffen, in dem sich das Quellwasser sammelt, bevor es abfließt. Aber auch das Quellbecken hat in aller Regel keine erkennbare natürliche Grenze zum Quellgrundstück, da es meistens an einer durch einen Regelwasserstand bestimmten Uferlinie fehlen wird. Es bleibt daher nur die Möglichkeit, unter Berücksichtigung hydrologischer Gesetzmäßigkeiten und Beachtung des Schutzzweckes des WHG eine Trennlinie festzulegen. Die Aufstellung allgemeiner Abgrenzungsgrundsätze mit Verbindlichkeit für jeden Einzelfall muß dabei noch folgendem Umstand Rechnung tragen : Das Kriterium des gesetzlichen Schutzzweckes erhält erst eine faßbare Gestalt, wird zu einem tauglichen Arbeitsinstrument, wenn das entscheidende Mittel -die gesetzliche Benutzungsregelung- eine bekannte Größe ist. Hier wird der komplementäre Charakter des Begriffs Gewässerbenutzung deutlich. Daraus folgt, daß die letzte, exakte Differenzierung nur unter Hinzuziehung der eindeutig bestimmten, weitestgehenden abstrakten Benutzungsmöglichkeit vorzunehmen ist.

Die sachliche Abgrenzung des Gewässerbegriffs soll nicht vom konkreten, wasserwirtschaftlich schädlichen Benutzungserfolg her erfolgen, sondern von dem abstrakt möglichen ausgehen. Welche objektiven und subjektiven Voraussetzungen die weitestgehend mögliche

1) Lediglich Riederer-Sieder Art. 16 Anm.4o führt zu diesem Abgrenzungsproblem aus, daß zur Quelle nicht bloß Wasser gehöre, sondern auch die Quellfassung oder in Ermangelung einer solchen der Teil des umgebenden Grundstücks, der zum unmittelbaren Zusammenhalten des Wassers nötig sei.

Gewässerbenutzung erfordert, wird im dritten Hauptteil dieser Arbeit genauer zu untersuchen sein.

Somit ist an dieser Stelle eine Grenzdefinition noch nicht möglich. Angegeben werden kann nur ein Begriffsrahmen mit einem relativ weiten Schwankungsbereich, der bereits in der obigen Erläuterung der Arbeitsmethode angeklungen ist.

Bestandteil des oberirdischen Gewässers ist auch das Quellgrundstück. Allerdings nur insoweit, als Einwirkungen auf das Grundstück, die als Gewässerbenutzungen zu qualifizieren sind, eine nicht ganz unwesentliche wasserwirtschaftliche Schädigung des Quellwassers bewirken können. Der nicht nur vorübergehend, sondern mit einer gewissen Regelmäßigkeit [1] bedeckte Grundstücksteil ist in jedem Fall Gewässerbestandteil.

Gegenüber dem Quellabfluß erübrigt sich eine Bestimmung der Quelle [2], da die Quelle und das wild abfließende Wasser gem. § 1 I Nr. 1 WHG letzte Alternative und die Quelle und das in einem Bett stehende oder fließende Wasser nach § 1 I Nr. 1 erste Alternative WHG jeweils zusammen das oberirdische Gewässer bilden und damit der gleichen öffentlich-rechtlichen Regelung unterliegen.

3. Küstengewässer

Durch das 3. Ändg sind die Küstengewässer in den Geltungsbereich des WHG einbezogen worden. Da jedoch nur ein sachlich geringer Teil des Wassernutzungsrechts auf die Küstengewässer Anwendung findet [3],

1) Zur Frage der Regelmäßigkeit kann verwiesen werden auf die Ausführungen auf S. 44 u.die Anm.2 ebenda.

2) Unter der Geltung der alten Landeswassergesetze war diese Frage von Bedeutung, da die Quelle, deren Wasser nicht in einem Bett abfließt, nicht zu den oberirdischen Gewässern gehörte u.demzufolge eine rechtliche Sonderbehandlung erfuhr.

ist eine örtliche Abgrenzung zu dem oberirdischen Gewässer und dem Grundwasser erforderlich.

Die seewärtige Grenze der Küstengewässer ist mit der Drei- Meilen- Zone identisch [1]. Landwärts werden die Küstengewässer durch die "Küstenlinie bei mittlerem Hochwasser" oder die "seewärtige Begrenzung der oberirdischen Gewässer " begrenzt.

Die Küstenlinie bei mittlerem Hochwasser wurde nach einhelliger Ansicht bereits vor Inkrafttreten des 3. ÄndG als die seewärtige Begrenzung der oberirdischen Gewässer verstanden. [2]. Diese Regelgrenze wird hinsichtlich der Bundeswasserstraßen ersetzt durch Festsetzung in der Anlage -in ihrer jeweiligen Fassung- des Bundeswasserstraßengesetzes vom 2.4. 1968 (BGBl. II S. 173) . Bezüglich der oberirdischen Gewässer, die nicht Binnenwasserstraßen des Bundes (Bundeswasserstraßen)[3] sind, ermächtigt § 1 III WHG die Landeswassergesetzgeber, die seewärtige Begrenzung zu bestimmen.

Letztlich ist festzustellen, daß auch das unter dem Boden der Küstengewässer befindliche Grundwasser nicht dem Küstengewässer zugerechnet wird, sondern als Grundwasser i.S.d. § 1 I Z 2 WHG zu behandeln ist. [4]

4. Grundwasser

Nach § 1 I Z. 2 WHG erstreckt sich die Geltung des WHG auch auf das Grundwasser. Unter Grundwasser ist das gesamte unterirdische Wasser zu verstehen,

---

1) Vergl. Anm. 3 und 4, S. 29

2) Vergl. Ausf. S. 3o f

3) Vergl. die Definition in § 1 I Z 1 Bundeswasserstraßengesetz

4) So auch Sieder-Zeidler, § 1 Anm. 11 a und Gieseke- Wiedemann, § 1 Anm. 9

und zwar unabhängig davon, auf welche Weise es unter die Erdoberfläche gelangt ist. [1] Obwohl einhellig diese Begriffsbestimmung vertreten ist, bestehen Meinungsverschiedenheiten über die Abgrenzung des oberirdischen Gewässers zum Grundwasser, weil das Merkmal "unterirdisch" verschieden ausgelegt wird. Von Bedeutung ist diese Frage wegen der unterschiedlichen gesetzlichen Behandlung beider Gewässerkategorien.

Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen, an denen das Abgrenzungsproblem deutlich wird : Ein oberirdisches Gewässer verläuft für eine Strecke in einem unterirdischen Bett, und im zweiten Fall ist das oberirdische Gewässer auf einer bestimmten Teilstrecke verrohrt. [2]

Die von Kolb [3] zu dieser Frage vertretene Ansicht, auf die sich sodann andere Kommentatoren [4] beziehen. ist in sich widersprüchlich und überdies für eine Erörterung insofern unergiebig, als ihr jede Begründung fehlt.

Sieder- Zeitler [5] sind -angeblich in Überein-

1) Begründung BT- Drucksache 2o72 S.21;ebenso Gieseke-Wiedemann § 1 Anm.9; Sieder-Zeitler § 1 Anm.II 3; Sievers § 1 Anm.5; Witzel § 1 Anm.5; Kolb § 1 Anm.1.

2) Hiervon ist zu unterscheiden der Fall, daß das oberirdische Gewässer nicht nur für eine begrenzte Teilstrecke, sondern von einer bestimmten Stelle an ununterbrochen in Rohren oder anderen künstlichen Behältnissen gefaßt ist. In diesem Fall verliert das Gewässer aus verschiedenen, unter S.71 erörterten Gründen gänzlich seine Gewässereigenschaft; es handelt sich dann weder um ein oberirdisches Gewässer noch um Grundwasser.

3) Zu § 1 Anm. V. führt Kolb aus:"Auch das Sickerwasser oberirdischer Gewässer ist Grundwasser, nicht dagegen ein Wasserlauf, der. wie die Donau bei Tutlingen, nur zeitweise unterirdisch weiterläuft. Mit seinem Zutagetreten wird das Grundwasser (?) zur Quelle und fällt unter § 1 I Z. 1 WHG. "

4) Siehe die folgenden Anmerkungen.

5) Vergleiche § 1 Anm. II, 2 b.

stimmung mit Kolb [1] -der Meinung, ein streckenweise in einem natürlichen Bett unterirdisch verlaufendes oberirdisches Gewässer sei insoweit Grundwasser. Entscheidend für diese Qualifizierung sei das äußere Erscheinungsbild, d.h. der unsichtbare, weil unterirdische Verlauf des Gewässers. Auf die Dauer der Verweilzeit unter der Erde könne es nicht ankommen, und ebenfalls unerheblich sei der Ursprung des Wassers.

Burghartz [2] teilt mit entsprechender Begründung diese Ansicht. Aus den Motiven zum WHG, [3] die als Grundwasser alles unterirdische Wasser bezeichnen, und der gewöhnlichen Bedeutung der Worte "oberirdisch" und "unterirdisch" folgert er, daß unterirdische Strekken oberirdischer Gewässer nicht mehr dem oberirdischen Gewässer zugerechnet werden.

In unserem zweiten Ausgangsfall vertreten Sieder- Zeitler [4] entgegen der h.M. [5] die Ansicht, diese Maßnahme erfülle den Ausbautatbestand der Beseitigung eines oberirdischen Gewässers, denn es fehle nach

- 58 -

---

1) Kolb argumentiert a.a.O. widersprüchlich oder drückt sich zumindest mißverständlich aus: Im ersten Satz sagt er, daß die Donau während ihres unterirdischen Verlaufs bei Tutlingen kein Grundwasser darstellt. Im zweiten Satz wird dann gesagt, daß zutage tretendes Grundwasser zur Quelle wird und unter § 1 I Z. 1 WHG fällt. Wenn man zwischen beiden Aussagen keinen sachlichen Zusammenhang sieht, d.h. wenn der zweite Satz nicht als ergänzende Fortführung des ersten aufgefaßt wird, liegt ein Widerspruch nicht vor. Wahrscheinlich will Kolb so verstanden sein. Das übersehen offenbar Sieder- Zeitler a.a.O., so daß ihre Berufung auf Kolb fehlgeht.

2) § 1 Nm. 2

3) a.a.O.

4) § 1 Anm. II 2 b.

5) Gieseke- Wiedemann § 1 Anm.2; Witzel § 1 Anm.3; Sievers § 1 Anm.9; Burghartz § 1 Anm.3; Rehder § 1 Anm. 3 c; Feldt § 1 Anm. 3.

erfolgter Verrohrung etc. für den Gewässerbegriff an dem erforderlichen Merkmal eines Gewässerbettes.

Der Meinung von Sieder- Zeitler, Burghartz und Kolb [1] zu dem ersten Fallbeispiel kann ebensowenig gefolgt werden. [2] wie der von Sieder- Zeitler a.a.O. zur zweiten Fallgruppe vertretenen Ansicht.

Das Abstellen auf das äußere Erscheinungsbild, die Sichtbarkeit oder Unsichtbarkeit des Gewässers als entscheidendes Kriterium der Unterscheidung zwischen oberirdischen und unterirdischen Gewässern, ist weder praktikabel noch sachlich gerechtfertigt. Wie oben ausgeführt wurde, behält ein oberirdisches Gewässer auch dann seine Gewässereigenschaft, wenn es zeitweilig trocken ist, also nicht den wesentlichsten Bestandteil des Gewässers, nämlich Wasser, enthält. So wie in diesem Fall das nicht dauernde Fehlen von Wasser für die Gewässereigenschaft unerheblich ist, so kann es auch grundsätzlich nicht auf die optische Erkennbarkeit des Wassers und des Gewässerbettes ankommen. Wasseransammlungen beispielsweise in Sümpfen oder Mooren mittels dieses Kriteriums zu klassifizieren müßte ein willkürliches Unterfangen sein. Die Ansicht der oben genannten Kommentatoren beinhaltet gerade das, was sie zu vermeiden vorgibt: eine, die natürliche Gegebenheit nicht berücksichtigende, sie vielmehr unsachgemäß pressende, rechtliche Regelung.

Die Gleichsetzung des Gesetzesbegriffs "oberirdisches Gewässer" mit der Wortbedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch mißachtet die regelmäßige Beziehung eines Gewässers zu einer größeren wasserwirtschaftlichen

---

1) Die Stellungnahme von Kolb ist, wie oben S.57 Anm. 1 ausgeführt wurde, unklar.

2) Ebenso Gieseke- Wiedemann § 1 Anm. 2; Witzel § 1 Anm.3 Sievers § 1 Anm.5; alle ohne Begründung.

Einheit. In Anlehnung an die natürlichen Gegebenheiten hat sich das WHG für die beiden Ordnungseinheiten Grundwasser und oberirdisches Gewässer entschieden. Die Beantwortung der oben gestellten Frage ist demnach nur auf dem Wege der Offenlegung dieser Beziehung -die in aller Regel eine Interdependenz sein wird- möglich.

Dadurch, daß ein oberirdisches Gewässer auf einer bestimmten Teilstrecke in einem natürlichen Bett unterirdisch verläuft oder verrohrt ist, ist grundsätzlich noch nichts über seine diesbezügliche Gewässereigenschaft gesagt. Festzustellen ist hingegen in jedem Fall der tatsächliche, d.h. wasserwirtschaftliche Zusammenhang, in dem dieses Teilstück mit dem lokalen oder regionalen Wasservorkommen steht. Ein auf wenige Meter beispielsweise verrohrter Bachlauf kann bei dieser Betrachtungsweise nicht hinsichtlich des verrohrten Teilstücks seine spezifischen Gewässereigenschaften verlieren, denn eine Änderung von Art oder Menge des fließenden Wassers tritt ebensowenig ein, wie eine Aufhebung oder wesentliche Änderung der Funktion des Gewässers. Zweifelhaft ist lediglich, ob insoweit noch von einem Bett gesprochen werden kann. Aber auch dies wird dahingehend zu bejahen sein, daß man die Verrohrung von ihrem objektiven Zweck her als ein künstliches Bett auffaßt und nicht als ein Behältnis, wie etwa eine Wasserversorgungsleitung; denn die Verrohrung als eine künstliche Anlage ist nur ein Hilfsmittel, in einer bestimmten Situation den natürlichen Zweck des oberirdischen Ge - wässers als Vorfluter aufrechtzuerhalten. Gestützt wird diese Auslegung des § 1 I WHG auch durch die Bestimmungen der Landeswassergesetze, mit Ausnahme des hamburgischen und schleswig-holsteinischen, wonach ein natürliches Gewässer auch nach künstlicher Veränderung

als solche gilt, [1] es sei denn, es handelt sich um gefaßtes Wasser. [2] § 2 III S. 1 BadWürttWG beispielsweise bestimmt, daß zu den natürlichen Wasserläufen auch "die künstlich angelegten Wasserlaufstrecken,die einen Teil des natürlichen Wasserlaufs ersetzen (Ersatzstrecken)" gehören. Die Möglichkeit der künstlichen Ersetzung des natürlichen Gewässerbetts ohne Folge für die Gewässereigenschaft zeigt die Unhaltbarkeit der Ansicht von Sieder- Zeitler u.a. [3] Noch deutlicher wird die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs und seiner Spezifizierung in den gesetzlichen Unterbegriffen "oberirdisches Gewässer " und "Grundwasser", wenn man die §§ 2 III 1 BadWürttWG und 1 III BerlWG zur Interpretation mit heranzieht. Denn hier heißt es ausdrücklich: "Natürliche Gewässer sind die in natürlichem Bett fließenden Gewässer einschließlich der unterirdischen Strecken, " bzw.: "Fließende Gewässer sind Gewässer, die in natürlichen oder künstlichen Betten ....fließen, einschließlich ....ihrer etwa unterirdisch verlaufenden Strecken. " Dabei muß m.E. davon ausgegangen werden, daß dieser Inhalt, so wie er in den §§ 2 III BadWürttWG und 1 III BerlWG unmißverständlich zum Ausdruck kommt. schon den bundesrechtlichen Begriffen "oberirdisches Gewässer" und "Grundwasser" inhärent ist, da auch das WHG von einem funktionellen -d.h. die allgemeinen wassertechnischen Zusammenhänge berücksichtigenden- Gewässerbegriff ausgeht. Die oben angeführten einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften haben daher nur die Bedeutung einer sicherlich vorteilhaften Klarstellung, nicht aber die einer insoweit vielleicht unzulässigen

- 61 -

1) §§ 57 BremWG; 2 HessWG; 1 II NiedersWG; 2 NRWWG; 2 PhPfWG; 2 SaarlWG; 1 III Satz 3 BerlWG; 2 III Satz 2 BadWürttWG.

2) Siehe Ausführungen unter Teil II, I 4 b

3) Siehe S. 56 f. Anm. 1 ff.

sachlichen Ergänzung oder gar Änderung des § 1 WHG. Als Ergebnis ist daher folgendes festzustellen : Wenn ein oberirdisches Gewässer von einer bestimmten Stelle an dauernd unterirdisch verläuft, dann bildet es von dem Ort seines Eintritts in den Untergrund an ein unterirdisches Gewässer (Grundwasser), es sei denn, das Wasser ist in Behältnissen gefaßt.

Verläuft das oberirdische Gewässer nur auf einer Teilstrecke unterirdisch und tritt es später wieder zutage, so hängt seine besondere Gewässereigenschaft auf dieser Teilstrecke davon ab, ob es in einen wassertechnischen Zusammenhang mit dem Grundwasser tritt oder nicht. Wichtigste Indizien für das Bestehenbleiben eines oberirdischen Gewässers sind ein im wesentlichen gleichbleibender natürlicher oder künstlicher Durchflußraum und eine nicht wesentliche Veränderung des Wassers an der Austrittsstelle gegenüber dem Wasser Am Eintrittsort nach Menge und Art.

Eine unter- oder oberirdische Verrohrung hebt die Gewässereigenschaft eines oberirdischen Gewässers nicht auf, wenn ihre objektive Zweckbestimmung und Geeignetheit auf Erhaltung der natürlichen Funktion des betreffenden oberirdischen Gewässers gerichtet ist. Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich um gefaßtes Wasser.

Nachzutragen bleibt noch eine Abgrenzung der Quelle zum Grundwasser. Hier muß m. E. mangels anderer geeigneter Unterscheidungsmerkmale auf die Sichtbarkeit des Wassers abgestellt werden. [1] Vielleicht könnte man eine hydrologisch besser erkennbare Trennlinie zwischen dem Grundwasser und dem oberirdischen Gewässer dieser Erscheinungsform- aus Quellen wild abfließendes Wasser - im Einzelfall finden. Damit wäre aber nichts gewonnen, denn die Rechtssicherheit verlangt, daß jedem Bürger eine solche, insbesondere für sein Benutzungsrecht bedeutsame Unterscheidung möglich ist. Ausgehend

1) So auch BVerwG in ZfW 1969,117.

von dieser sicherlich berechtigten Forderung ist in der Tat kein anderer Weg als die Abgrenzung nach der optischen Erkennbarkeit gangbar, so unbefriedigend das im konkreten Fall für den Naturwissenschaftler auch sein mag.

5. Gewässer und Kanalisation

Der bundesrechtliche Gewässerbegriff wäre unvollständig, wenn nicht auch die Frage geklärt würde, ob ein Gewässer z u g l e i c h Bestandteil einer gemeindlichen Kanalisation sein kann.

Das Problem stellt sich rechtlich und in seinen praktischen Auswirkungen wie folgt : Die aufgrund der Gemeindeordnungen [1] erlassenen gemeindlichen Abwassersatzungen bestimmen in ihrem § 1 regelmäßig, daß zu den Entwässerungsanlagen auch die Gräben und sonstigen Wasserläufe gehören, deren sich die Gemeinde zur Ableitung des Schmutzwassers aus den angeschlossenen Grundstücken bedient. Dies ist der Kern der hier interessierenden Regelung. Da die Gemeinden für die Abwasserbeseitigung und- klärung durch die Abwassersatzungen, die ihre diesbezügliche Ermächtigungsgrundlage in den landesrechtlichen Kommunalabgabengesetzen haben, Benutzungsgebühren festsetzen, werden diejenigen, die Abwasser in diese Gräben oder Wasserläufe einleiten, zu relativ hohen Abwassergebühren veranlagt. Die Benutzung oberirdischer Gewässer aber ist nach dem Wasserrecht der meisten Länder unentgeltlich. [2]

- 63 -

1) In NRW beispielsweise §§ 19,18 und 4 GO von NRW.

2) Vergl. §§ 11 BadWürttWG; 5 BremWG; 14 III HessWG; 5 NiedersWG; 12 NRWWG; 12 RhPfWG; 1o SaarlWG und 9 SchleswHWG.
In Baden- Württemberg erstreckt sich gem.§ 11 WG diese Duldungspflicht des Gewässereigentümers nur auf die öffentlichen Gewässer.
Das NRW-, RhPf-, Saarl-und SchleswHWG a.a.O. nehmen die künstlichen Gewässer aus, wobei NRW die Talsperren ausdrücklich nennt.

Fortsetzung der Anm. 2 auf S. 63

Hierin liegt das praktische Interesse an einer grundsätzlichen Klärung der oben aufgeworfenen Frage, insbesondere für viele wasserintensive Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft. Aber auch die Wasserbehörden sind, -allerdings aus anderen, weiter unten anzuführenden Gründen- [1] an einer Klarstellung interessiert, die sich hier nur darauf bezieht, ob ein oberirdisches Gewässer z u g l e i c h Bestandteil einer gemeindlichen Kanalisation sein kann. Die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen ein oberirdisches Gewässer in ein gemeindliches Kanalisationssystem einbezogen werden kann, ist Gegenstand eines anderen Abschnitts. [2]

Im Rahmen der Entscheidung gebührenrechtlicher Fragen hat das Pr.OVG in ständiger Rechtsprechung [3] die Möglichkeit des rechtlichen Doppelcharakters von Gewässer und Kanalisation bejaht. Dem haben sich in

---

noch Anm.2 von S.62) Hessen a.a.O. erstreckt die Duldungspflicht nicht auf Talsperren, Wasserspeicher und oberirdische Gewässer, die in Hofräumen, Betriebsgrundstücken, Gärten und Parkanlagen liegen und im Eigentum der Anlieger stehen.
Nach § 4 BayWG kann der Gewässereigentümer ein privatrechtliches Entgelt (was sogar in die Erlaubnis- oder Bewilligungsurkunde aufzunehmen ist) und bei staatseigenen Gewässern der Staat für bestimmte Benutzungen eine Nutzungsgebühr verlangen.
Eine Nutzungsgebühr sieht auch das HambWG in seinem § 2o vor, während aus der Fassung des § 13 Berl WG zu schließen ist, daß dem Gewässereigentümer ein Anspruch auf ein privatrechtliches Entgelt zustehen soll.
Die verfassungsrechtliche Problematik des Umfangs der Duldungspflicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG kann hier nicht erörtert werden. Man darf aber eine Eigentumsbeschränkung gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG annehmen.

1) Siehe Ausführungen S.194 ff.

2) Siehe Ausführungen zu:"Herstellung Beseitigung und Änderung eines Gewässers " S. 1o9 f.

3) Pr. OVG in OVG 94, 39 (41); 1o5, 53.

neuerer Zeit mehrere Verwaltungsgericht angeschlossen.[1] Während das Pr.OVG a.a.O. allein auf den engen tatsächlichen Zusammenhang zwischen Gewässer und Kanalisation abstellte, hält das LVG Düsseldorf a.a.O. neben der Tatsache, daß das Gewässer (auch) der Abwasserbeseitigung dient, auch die formelle Einbeziehung in das Kanalisationssystem durch die Gemeindesatzung für erforderlich. Das OVG Münster a.a.O. und insbesondere der VGH Kassel a.a.O. behandeln das Problem erstmals unter differenzierender Berücksichtigung der hier in Konkurrenz liegenden Rechtsgebiete : gemeindliches Anstaltsrecht und landesrechtliches Wasserrecht. Allerdings liegt der Schwerpunkt bei den formellen Voraussetzungen der Erklärung eines oberirdischen Gewässers zum Kanalisationsbestandteil. Nur am Rande wird die Möglichkeit des rechtlichen Doppelcharakters des Gewässers als öffentliche Sache im Gemeingebrauch und gemeindliche Entwässerungsanlage bejaht.[2]

Anderer Ansicht sind verschiedene Verwaltungsgerichte,[3] deren Argumentation folgendermaßen ist :

- 65 -

---

1) OVG Lüneburg in OVGE 8, 385 und in HDW, Rechtsprechung, Teil II, R 5o1; LVG Düsseldorf in KStZ 196o, 142 f.; OVG Münster in KStZ 1962, 173; VGH Kassel, ESVGH 13, 115.

2) Auch Abt, Gewässer und Entwässerungsleitung, 1o8, Kolloquium vom 12.2.1965, setzt sich mit unserer Frage unmittelbar nicht auseinander. Im Mittelpunkt jener Untersuchung steht ebenfalls die Frage nach den formellen Voraussetzungen einer Einbeziehung oder Umwandlung des Gewässers als öffentliche Sache in das Kanalisationssystem als gemeindliche Einrichtung. Daß dies -unter welchen Voraussetzungen auch immer- möglich ist, steht außer Frage; höchst zweifelhaft aber muß sein, ob ein Gewässer als öffentliche Sache zugleich gemeindliche Einrichtung sein kann. Abt. a.a.O. scheint dies abzulehnen.

3) Siehe LVG Braunschweig in HDW Rechtsprechung,Teil II R 511;VG Darmstadt in KStZ 1961, 83 f. VG Kassel in DVBl. 1965, 25o ff.

Ein Gewässer könnte schon begrifflich keine gemeindliche Einrichtung sein, da die Gewässer im Gegensatz zu den gemeindlichen Einrichtungen der "Verfügungsbefugnis" und Aufsicht des Landes unterstünden. [1] Außerdem sei Voraussetzung der Einleitung von Abwasser in ein Gewässer die Verleihung eines Sondernutzungsrechts, während die Benutzung der Kanalisation durch Anschluß- und Benutzungszwang vorgeschrieben sei. Hierin liege ein unüberbrückbarer Gegensatz. [2] Im übrigen könne der Gemeinde auch keine Erlaubnis oder Bewilligung dafür erteilt werden, daß sie zukünftig einem unbestimmten Kreis von Grundstückseigentümern die Einleitung von häuslichen Abwassern in Gewässer an noch nicht bestimmten Stellen gestatten kann. [3]

Im Ergebnis ist diese Ansicht zutreffend. Es ist richtig, daß i.d.R. ein Gewässer keine gemeindliche Einrichtung ist, weil die Gemeinde nichts "einrichtet" oder "veranstaltet" [4] hat, und daß es niemals eine gemeindliche Einrichtung sein kann, weil das entsprechende Nutzungsrecht von Grund auf verschieden ist, von der Nutzung einer Kanalisation, und dieses Nutzungsrecht eben das entscheidende Qualifikationsmerkmal der öffentlichen Sache Gewässer und der gemeindlichen Einrichtung als öffentliche Sache ist. Die Benutzung des oberirdischen Gewässers ist entweder Eigentümergebrauch, Gemeingebrauch oder Sondernutzung. Hinsichtlich der Kanalisation aber besteht Anschluß-und Benutzungszwang. Wenn nun gesagt wird, das sei bedeutungslos, da die Abwassereinleitung als Gemeingebrauch in der Praxis doch

- 66 -

---

1) So auch Kottenberg, Kommentar zur Gemeindeordnung von Nordrhein- Westfalen § 18 Erl. 1.

2) VG Darmstadt a.a.O. und im Anschluß daran VG Kassel a.a.O.

3) VG Darmstadt a.a.O.

4) Zum Begriff "gemeindliche Einrichtung" siehe Kottenberg a.a.O.

keine Rolle spiele, [1] und ein Sondernutzungsrecht auch der Gemeinde für die Benutzung des Gewässers als Kanalisation erteilt werden könne, [2] so wird der Kern des Problems nicht gesehen : die grundsätzliche Verschiedenheit des die Sachen Gewässer und Kanalisation qualifizierenden Nutzungsrechts.

Hier geht es darum, daß an einer gemeindlichen Einrichtung niemals Gemeingebrauch besteht, sondern nur die Bewohner der Gemeinde [3] -und nicht jedermann zulassungsfrei und unentgeltlich- zur Benutzung der Kanalisation im Rahmen der Anstaltssatzung gegen Entgelt verpflichtet sind. Auch der Hinweis darauf, der Gemeinde könne ein Sondernutzungsrecht erteilt werden, geht fehl. Einmal steht die zweckgerichtete, planmäßige Benutzung eines oberirdischen Gewässers als billiges Transportmittel im Gegensatz zu dem Grundzweck der neuen Wassergesetze. In überschaubaren Einzelfällen wird man die Erlaubnis der Abwassereinleitung nach erfolgter Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Belange als durchaus vertretbare Sondernutzung ansehen können. Das gilt aber nicht für die Zweckentfremdung der Gewässer durch Benutzung als öffentlichen Abwasserkanal. In diesen Fällen ist das Gewässer nur noch Kanalisation, wenn das erforderliche "Umwandlungsverfahren" [4] durchgeführt worden ist. Zum anderen, und hier nimmt die vorstehende Überlegung greifbare Gestalt an, wird man dem VG Kassel [5] darin beipflichten müssen, daß das WHG die Erteilung einer Generalerlaubnis nicht zuläßt. Sowohl die Erlaubnis als auch die Bewilligung können gem. §§ 7 bzw.

---

1) Abt a.a.O

2) So VGH Kassel a.a.O.; Abt. a.a.O.

3) Vergl. z.B.: § 18 II Gemeindeordnung von NRW.

4) Siehe hierzu unten S. 1o9 f.

5) Siehe oben S. 64 Anm. 3.

8 WHG nur für eine nach Art und Maß bestimmte Benutzung erteilt werden. Ein Sondernutzungsrecht des Inhalts, daß die Gemeinde einer unbestimmten Anzahl von Grundstückseigentümern zukünftig in noch nicht bestimmter Art und Menge die Einleitung ihrer Abwasser in das Gewässer aufgeben kann, ist also unzulässig.

Die hier vorgeschlagene klare Trennung von Gewässer und Kanalisation ist auch im Interesse einer rechtssicheren Verwaltung erforderlich. Bei der personellen Besetzung der unteren Wasserbehörden und deren innerbetrieblicher Organisation [1] kann

- 68 -

1) Zur Erklärung soll hier beispielhaft die innerbehördliche Zuständigkeitsverteilung in Wasserrechtssachen bei den Landkreisen angeführt werden, die eine "Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Tiefbauabteilungen rheinischer Landkreise" gebildet haben. In den Landkreisen Aachen, Siegburg, Köln und Bonn ist allein das Tiefbauamt zuständig. In den beiden letztgenannten Landkreisen wird nur bei Ölunfällen das Ordnungsamt eingeschaltet.
In den Landkreisen Euskirchen, Düsseldorf- Mettmann, Düren und Opladen ist das Ordnungsamt zuständig, während die Tiefbauabteilung technische Stellungnahmen abgibt.
Im Landkreis Kempen-Krefeld ist die Abteilung Wirtschaft, Landwirtschaft und Verkehr zuständig. Technische Stellungnahmen erfolgen durch die Ingenieurabteilung.
Schon aus dieser innerbehördlichen Arbeits- und Zuständigkeitsverteilung rechtfertigt sich die immer wieder geäußerte Sorge, daß die rechtliche Behandlung der Wasserrechtssachen durch die unteren Wasserbehörden häufig recht oberflächlich ist. Es muß bedenklich stimmen, wenn die oben genannte Arbeitsgemeinschaft unter dem 3.9.1965 den im folgenden auszugsweise wiedergegebenen Beschluß faßte :
" Der Arbeitskreis war sich darüber einig, daß die Anforderungen an die untere Wasserbehörde im wesentlichen auf technischem Gebiet liegen ....Es ist daher zweckmäßig, die Tiefbauämter federführend mit den Aufgaben der unteren Wasserbehörde zu betrauen. Der Landkreistag soll gebeten werden, bei den im Augenblick laufenden Beratungen über die Verwaltungsgliederung der technischen Abteilungen der Landkreise sich der Meinung des Arbeitsausschusses anzuschließen und den Landkreisen eine entsprechende Empfehlung zu geben ."

nicht erwartet werden, daß die Anwendung landesrechtlichen Wasserrechts mit konkurrierendem gemeindlichen Anstaltsrecht in rechtssicherer Einheitlichkeit erfolgen wird. Zwar spricht für dieses Ergebnis nicht die fehlende Verfügungsbefugnis über ein Gewässer allein, [1] da die Wasserbehörde sich dieses Rechts durch Erteilung eines Sondernutzungsrechts möglicherweise begeben könnte [2] -was wohl allerdings unzulässig wäre- vielmehr muß diese für Benutzer wie Verwaltung gleichermaßen wünschenswerte Sach- und Kompetenztrennung als Ergebnis der verschiedenen Nutzungsordnungen des oberirdischen Gewässers und der Kanalisation aufgefaßt werden.

1) So VG Darmstadt, a.a.O.

2) Dieser Ansicht ist Abt. a.a.O.

III. Die Regelung nach den Landeswassergesetzen

Der oben dargestellte bundesrechtliche Gewässerbegriff kann entsprechend dem Charakter des WHG nur ein Rahmenbegriff sein, der ausfüllungsbedürftig und ergänzungsfähig ist.

Die Ausfüllungsbedürftigkeit zeigt sich darin, daß das WHG beispielsweise auf die Frage nach der örtlichen Abgrenzung der oberirdischen Gewässer keine Antwort gibt. Hierzu sagen die Landeswassergesetze zumindest mittelbar einiges.

Von der Einschränkungsermächtigung des § 1 II WHG,wonach die Länder kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung sowie Quellen, die zu Heilquellen erklärt worden sind, von den Bestimmungen des WHG mit Ausnahme des § 22 WHG ausnehmen können, haben die meisten Länder Gebrauch gemacht. Außerdem haben die Länder überwiegend den Kreis der unter das WHG fallenden Gewässer erweitert. Gegen diese ergänzende Regelung, die in § 1 II WHG keine Ermächtigungsgrundlage findet, bestehen jedoch keine Bedenken in verfassungsrechtlicher Hinsicht, denn der einzige legitime gesetzgeberische Grund für den Erlaß eines Bundesrahmengesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts, wie er in Art. 72 II GG umschrieben ist, steht der Erweiterung des Geltungsbereichs des WHG -vornehmlich auf das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser- nicht entgegen.

Daneben haben die Landeswassergesetze die hier vertretene Auslegung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs teilweise ausdrücklich, teilweise implicite bestätigt. Soweit sie die Regelung des WHG nur wiederholend bestätigen, haben die Landeswassergesetze kein eigenes Gewicht. sie sind aber diesbezüglich eine

begrüßenswerte Klarstellung und Auslegungshilfe.

Im folgenden wird auch kurz auf die von den Landeswassergesetzen vorgenommene Einteilung der Gewässer und zwar auf den Grund und die Art der Einteilung einzugehen sein.

1. Bestätigung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs

In ihrem § 1 nehmen alle Landeswassergesetze zur Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs entweder auf § 1 WHG Bezug oder sie wiederholen den Wortlaut dieser Vorschrift ausdrücklich.

Soweit eine inhaltsgleiche Wiederholung von Bundesrecht vorliegt, sind gegen diese Gesetzestechnik verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden. Es ist die Ansicht vertreten worden, [1] aus Art. 31 GG ergäbe sich, daß die bundesrechtlichen Vorschriften weder in ein Landesgesetz übernommen noch durch dieses interpretiert werden dürften. Hiermit ist jedoch nur der Fall der inhaltsgleichen Wiederholung von Bundesrecht und nicht die Bezugnahme auf bundesrechtliche Vorschriften gemeint.

Eine solche inhaltsgleiche Wiederholung von Bundesrecht aber findet sich nur im BremWG und NiedersWG. Hier waren die Landesgesetzgeber der Ansicht, die Wiederholung des Bundesrechts fördere die Übersichtlichkeit der Gesetze und sei damit ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit. [2] Berücksichtigt man, daß in den §§

1) Vergl. Landt.Baden- Württemberg, 2. WP, Verzeichnis der Beilagen,Bd.6,Nr. 292o,Sp.49o4;Verhandlungen des Bay. Senats,Bd.12; Grimme. Die neue Wassergesetzgebung im Land Berlin, JR 196o, 2o1.

2) Nieders. Landtag, 4. Wahlperiode, Drucks. zu Nr. 51.

148 BremWG und 147 NiedersWG eindeutig klargestellt wird, daß die dort genannten und zwar wörtlich wiederholten bundesrechtlichen Vorschriften unmittelbar geltendes Bundesrecht sind, so wird man in dieser Gesetzestechnik keinen Verstoß gegen Art. 31 GG erblicken können. Die Veröffentlichung von Bundesrecht im Gesetzblatt des Landes hat lediglich deklaratorische Bedeutung. [1)]

Das BadWürttWG und im wesentlichen gleichlautend das BayWG -letzteres in der Fassung v.7.12.197o- konkretisieren in ihrem § 1 den bundesrechtlichen Gewässerbegriff dahingehend, daß das in Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen und anderen künstlichen Anlagen abgesonderte Wasser kein Gewässer i.S.d. WHG ist. Dies ist, wie oben bereits ausgeführt, keine sachliche Änderung gegenüber dem WHG, sondern nur eine zutreffende Konkretisierung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs. Da ein solches Verständnis des Gewässers i.S.d. Wassergesetzes im Ergebnis eine Selbstverständlichkeit ist, haben die anderen Länder auf eine entsprechende gesetzliche Klarstellung verzichtet.

Das NiedersWG -in der Fassung v.1.12.1971- und das SchleswHWG -in der Fassung v.7.6.1971- wiederholen in ihrem § 1 die Gewässerdefinition des § 1 WHG und geben darüber hinaus Merkmale für eine Abgrenzung der oberirdischen Gewässer, die nicht Bundeswasserstrassen sind, zu den Küstengewässer, in dem sie die Küstenlinie nochmals definieren und als Abgrenzungskriterium "Siele, Schleusen und Schöpfwerke" nennen.

Obwohl das Berliner Wassergesetz in seinem § 1 I unmittelbar und vollinhaltlich Bezug nimmt auf § 1 I WHG, enthält es in § 1 VI eine Definition des Grundwasserbegriffs, die ebenfalls nur als grundsätzlich wünschenswerte Interpretation des bundesrechtlichen Grundwasserbegriffs zu verstehen ist, da andernfalls die unbedingte Bezugnahme auf § 1 I WHG unverständlich wäre. Allerdings definiert der Berliner Wassergesetzgeber sachlich unrichtig, [2)] wenn er bestimmt :"Grundwasser ist ein unterirdisches Wasser, das Hohlräume der

- 72 -

1) Ebenso Wilhelm, Die Rahmengesetzgebung des Bundes nach dem Bonner Grundgesetz, S.154; Burghartz, Zur Ausfüllung von Rahmengesetzen des Bundes durch die Länder, WaWi 1958, 174.

Erdrinde zusammenhängend ausfüllt und nur der Schwere unterliegt. "Diese an technisch- hydrologische Definitionen [1] anknüpfend e Inhaltsbestimmung ist sowohl zu weit als auch zu eng. Letzteres darf man deshalb sagen, weil sie das Wesentliche des Rechtsbegriffs Grundwasser nicht ausdrückt : den wasserwirtschaftlichen Zusammenhang, in dem das Wasser mit dem regionalen oder örtlichen Wasservorkommen steht. Es kann nämlich beispielsweise keinen Unterschied machen, ob Wasser "Hohlräume der Erdrinde " ausfüllt oder sich in porösen Gesteinen befindet; unerheblich ist auch, ob das Wasser "zusammenhängend " unterirdisch vorhanden ist. Auf der anderen Seite ist die Regelung des § 1 VI Berl WG zu weitgehend, denn hiernach müßten alle unterirdischen Strecken stehender oberirdischer Gewässer als Grundwasser angesehen werden. Diesen Schluß legt auch ein Vergleich des § 1 II mit § 1 IV BerlWG nahe. Das aber steht im Widerspruch zu dem oben dargelegten bundesrechtlichen Rechtsbegriff Grundwasser, wie er sich insbesondere aus der Abgrenzung zu den oberirdischen Gewässern ergibt.

Zweifelhaft kann sein, ob es in der Kompetenz des Landesgesetzgebers liegt, den bundesrechtlichen Grundwasserbegriff zugunsten der oberirdischen Gewässer einzuschränken. Dagegen spricht, daß das WHG dem Grundwasser insbesondere hinsichtlich der Benutzungsregelung einen besonderen Schutz hat angedeihen lassen. Ganz außer Frage aber steht die Unzulässigkeit der Einschränkung des bundesrechtlichen Grundwasserbegriffs durch den Landesgesetzgeber zugunsten der Nichtgewässer. Der Zweck eines Rahmengesetzes, so wie er in Art. 72 II GG abschließend statuiert ist, ist nämlich immer auf Schaffung einer gemeinsamen Basis gerichtet, auf der durch ausfüllende oder ergänzende Vorschriften begrifflich aufgebaut werden kann. Der gegenüber der Ausfüllung weitergehende Begriff der Ergänzung beinhaltet nicht

1) Verl. DIN 4o49 (5o2 und 5o8).

ein Verlassen oder Abbauen dieser Basis. [1] Das ist vielmehr eine unzulässige Änderung. Da der klare Wortlaut des § 1 VI BerlWG auch nicht im Wege der Auslegung eine Angleichung an den bundesrechtlichen Grundwasserbegriff zuläßt, ist diese Bestimmung wegen fehlender Gesetzgebungszuständigkeit und mit Rücksicht auf Art. 31 GG nichtig. An ihre Stelle tritt § 1 I Z.2 WHG.

Eine bestätigende Auslegung des bundesrechtlichen Gewässerbegriffs findet sich in den §§ 2 III BadWürttWG und 1 III BerlWG . Entsprechend unserer obigen Abgrenzung der oberirdischen Gewässer vom Grundwasser nach wasserwirtschaftlichen und nicht nur hydrologischen Gesichtspunkten bestimmt § 2 III BadWürtt WG, daß Bestandteil der natürlichen Wasserläufe auch ihre unterirdisch verlaufenden Strecken sind, und § 1 III BerlWG trifft die gleiche Feststellung für den weiteren Kreis aller fließenden Gewässer. Aus der Tatsache, daß § 2 III BadWürttWG sich nur auf natürliche Wasserläufe und § 1 III BerlWG sich nur auf fließende Gewässer bezieht, kann jedoch nicht gefolgert werden, nur hinsichtlich dieser Gewässer sei nicht primär das äußere Erscheinungsbild für die Qualifizierung als ober- oder unterirdisch ausschlaggebend. Vielmehr müssen die für den bundesrechtlichen Gewässerbegriff erarbeiteten Unterscheidungskriterien für alle Erscheinungsformen der Gewässer maßgebend sein. Die Landeswassergesetze haben hieran nichts geändert.

2. Ausfüllende und ergänzende Regelung

Das WHG enthält keine Vorschrift, die die Länder

1) Vergl. BVerfGE 4, 115 (14o);Gieseke.Die Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes durch Ländergesetze, RdW 4,29 (33).

ermächtigt, andere als die in § 1 I WHG beschriebenen Gewässer dem WHG und den Landeswassergesetzen zu unterstellen. Dieses Gesetzgebungsrecht der Länder folgt jedoch bereits aus dem Charakter eines Rahmengesetzes, das -und dies ist Voraussetzung seiner Verfassungsmäßigkeit- Raum für eine landesgesetzliche Regelung mit substantiellem Gewicht läßt.[1] Dazu gehört auch eine erweiternde Ergänzung des sachlichen Geltungsbereichs des WHG durch die Landeswassergesetze, wenn hierdurch nicht die tragenden Prinzipien des Rahmengesetzes auch nur teilweise außer Kraft gesetzt werden. Allein durch eine Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs aber geschieht dies- im Gegensatz zur Einschränkung- nicht.

a) Nicht aus Quellen wild abfließendes Wasser.

Außer Baden Württemberg und Nordrhein- Westfalen haben alle Länder das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser in Anlehnung an § 1 1 I des Mustergesetzentwurfs der wasserrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Länder der Geltung der Wassergesetze unterstellt. Allerdings ist das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser kein Gewässer, sondern es unterliegt nur bestimmten wasserrechtlichen Vorschriften. Aus der ohne Frage bewußten Nichterwähnung des nicht aus Quellen wild abfließenden Wassers im NRWWG und BadWürttWG muß geschlossen werden, daß diese Wasseransammlungen in den genannten Ländern nicht Gegenstand der wasserrechtlichen Regelung sind; [2] von einigen ausdrücklich normierten Tatbeständen abgesehen. [3]

Zur Klärung dessen, was unter dem Tatbestand "nicht aus Quellen wild abfließende Wasser" zu ver-

1) So BVerfGE 4, 115 (119 f.)

2) So auch Burghartz S.83.

3) Siehe § 78 NRWWG; §§ 77 ff. BadWürttWG.

stehen ist, kann weitgehend auf die Ausführungen zum bundesrechtlichen Gewässerbegriff verwiesen werden. Auslegungsbedürftig ist lediglich noch das Merkmal "nicht aus Quellen". Wäre die Einbeziehung des nicht aus Quellen wild abfließenden Wassers in den sachlichen Geltungsbereich der neuen Wassergesetze mit Rücksicht auf die Ordnung des Wassernutzungsrechts erfolgt so wäre eine doppelte Einschränkung zu erwägen: Das Wasser müßte dem natürlichen Wasserhaushalt entstammen und entsprechend § 1 I Z. 1 WHG zumindest "zeitweilig" fließen.

Eine Benutzung des nicht aus Quellen wild abfließenden Wassers ist jedoch wegen der besonderen Auftrittserscheinung regelmäßig nicht in einer rechtlich schützbaren Art und Weise [1] möglich. [2] Es hat für das Wassernutzungsrecht nur eine mittelbare Bedeutung, die in der folgenden gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommt :

Nach § 19 I Nr. 3 WHG können, "soweit es das Wohl der Allgemeinheit erfordert, das schädliche Abfließen von Niederschlagswasser zu verhüten, "Wasserschutzgebiete festgesetzt werden. [3] Die Länder haben diesen Tatbestand näher geregelt. [4] Das hier ausdrücklich genannte Niederschlagswasser ist zweifelsohne der typische und wichtigste Fall des nicht aus Quellen wild

1) Vergl. §§ 3 WHG 13 BadWürttWG 15 HessWG i.Verb.m. §§ 7, 8 WHG.

2) So auch Rehder § 1 Anm. 4; Feldt § 1 Anm.2.

3) Zu den in Betracht kommenden Maßnahmen siehe Amtliche Begründung, BT- Drucksache 2o72 S. 3o.

4) Vergl. §§ 24 BadWürttWG; 35 BayWG; 22 BerlWG; 4o BremWG; 27 HambWG; 25, 122 HessWG; 39 NiedersWG; 24 NRWWG; 22 RhPfWG; 2o SaarlWG; und 15 SchleswHWG.

abfließenden Wassers. Daß neben diesem und dem ebenfalls dem natürlichen Wasserhaushalt entstammenden Schmelzwasser nicht auch anderes Wasser, welches aus Rohrleitungen oder Behältnissen abgelassen wird und wild abfließt, zu dem "nicht aus Quellen wild abfließendes Wasser" zu rechnen ist, zeigen die nachbarrechtlichen Vorschriften über die Veränderung des Wasserablaufs. [1] Das Bay-, RhPf- und SaarlWG umschreiben nämlich das wild abfließende Wasser als Wasser, das auf dem Grundstück entspringt oder sich dort natürlich ansammelt und außerhalb eines Bettes dem natürlichen Gefälle folgend abfließt. Begriffsmerkmal ist hier wie auch in den übrigen Ländern der natürliche Auftritt oder die natürliche Sammlung des Wassers.

Daneben spielt das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser für den Hochwasserschutz eine Rolle, und § 8o BadWürttWG sagt daher ausdrücklich-, für die anderen Länder ergibt sich das aus der Natur der Sache -daß die Vorschriften über die Überschwemmungsgebiete auch für die durch wild abfließendes Wasser zeitweilig überströmten Gebiete gelten. Schließlich kann die Rückhaltungs- oder Abflußregelung des nicht aus Quellen wild abfließenden Wassers Gegenstand der Gewässerunterhaltungspflicht sein; denn § 28 I WHG und die meisten Landeswassergesetze [2] rechnen zur Gewässerunterhaltung auch "die Erhaltung eines ordnungsmäßigen Zustandes für den Wasserabfluß. "

---

1) Vergl. §§ 81 BadWürttWG; 63 BayWG; 66 BerlWG; 122 BremWG; 7 HambWG; 73 HessWG; 21 ff. Hess.Nachbarrechtsgesetz vom 24.9.1962; 123 NiedersWG; 78 NRWWG; 84 RhPFWG; 75 SaarlWG; 67 f. SchleswHWG.

2) Vergl. §§ 47 I BadWürttWG; 42 BayWG; 4o I Z.3 BerlWG; 86 I BremWG; 46 I HessWG; 81 NiedersWG; 55 I RhPfWG; 38 I Buchst. a) SchleswHWG.

b) Kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung

Gestützt auf § 1 II WHG haben die Länder mit Ausnahme von Bayern, Hamburg und Rheinland- Pfalz bestimmte kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung aus dem Kreis der Gewässer i.S. d. Wassergesetze ausgeschlossen oder nur zum Teil der Regelungen der Landeswassergesetze unterstellt. Aber wie auch auf diese Wasseransammlungen ist in jedem Fall, § 1 II WHG zwingend vorschreibt, die Vorschrift des § 22 WHG über die Haftung für Änderungen der Beschaffenheit des Wassers anwendbar.

aa) Gesetzliche Regelung

Im einzelnen ist die gesetzliche Regelung. gestaffelt nach dem Ausmaß der Freistellung. wie folgt : Nach § 1 BadWürttWG werden Bewässerungs-und Entwässerungsgräben von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung lediglich von den Bestimmungen der §§ 28- 31 WHG über die Unterhaltung und den Ausbau und von § 76 BadWürttWG über die Genehmigungspflicht von Anlagen in, über und an oberirdischen Gewässern ausgenommen. Im übrigen unterliegen auch diese Gewässer den Vorschriften des WHG und des BadWürttWG.

Gleichlautend bestimmen § 1 II Nr. 1 BerlWG, § 1 II Nr. 1 NRWWG und § 1 II Nr. 1 SaarlWG; daß Gräben, die nicht der Vorflut oder die der Vorflut der Grundstücke nur eines Eigentümers dienen , keine Gewässer sind. Sachlich weiter geht die Ausnahmeregelung des § 1 II Nr. 1 BremWG und des § 1 II Nr. 1 NiedersWG.Ausgenommen werden hier auch die Gräben, die nicht der Bewässerung der Grundstücke mehrerer Eigentümer dienen.

§ 1 II Nr. 1 HessWG entzieht darüber hinaus sämtliche Bewässerungsgräben dem Anwendungsbereich der Wassergesetze. Eine Besonderheit weist § 1 II Buchst. a) SchleswHWG auf. Während alle übrigen Landeswassergesetze

entweder Entwässerungs- oder Bewässerungsgräben oder beide in verschiedenem Umfang von den Bestimmungen der Wassergesetze ausnehmen, sind nach dem SchleswHWG sowohl auf Gräben als auch auf kleine Wasseransammlungen. die nicht der Vorflut oder der Vorflut der Grundstücke nur eines Eigentümers dienen, die Vorschriften der Wassergesetze nicht anwendbar.

bb) Auslegung der gesetzlichen Regelung

Eine Interpretation dieser gesetzlichen Regelungen braucht sich für unsere Zwecke nicht mit der entsprechenden Bestimmung des BadWürttWG zu befassen, da sie für das Wassernutzungsrecht keine unmittelbare Bedeutung hat. Ebenso wie in Bayern, Hamburg und Rheinland- Pfalz ist auch der baden- württembergische Wassergesetzgeber hier von der Vorstellung ausgegangen, daß im Interesse einer umfassenden, erfolgversprechenden Ordnung des Wasserhaushalts das vereinheitlichte Wassernutzungsrecht als Kernstück des neuen Wasserrechts auch für kleine Ent- und Bewässerungsgräben gelten soll. [1] Die Zweckmäßigkeit einer solchen Auffassung kann hier nicht erörtert werden; rechtlichen Bedenken begegnet sie nicht, wie die obigen [2] Ausführungen gezeigt haben.

Gräben sind die in einem künstlichen Bett zumindest zeitweilig fließenden. wasserwirtschaftlich wenig bedeutsamen Gewässer. [3] Es kommt für den Begriff des Grabens daher entscheidend auf die Größe des Gewässers

1) Für das BayWG vergl. Fritsche § 1 Anm.2

2) Siehe S. 22 ff. und S. 36 ff.

3) Vergl. Burghartz § 1 Anm. 2, Rehder § 1 Anm.8, Feldt § 1 Anm.3; für das PrWG siehe Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 12;für das BayWG von 19o7 Riederer-Sieder § 16 Anm. 31.
Unrichtig ist es, wenn Rehder und Feldt a.a.O. von "unbedeutsamen" Gewässern sprechen. Diese sind überhaupt nicht Regelungsgegenstand der WGe. Siehe hierzu Ausführungen auf S. 23.

an, da allein schon dieser Umstand die wasserwirtschaftliche Bedeutsamkeit begründen kann. Größere künstliche Gewässer sind also begrifflich schon keine Gräben. Abstrakt läßt sich die hier erhebliche Grenze nicht ziehen; maßgebend werden vielmehr immer die besonderen Umstände des Einzelfalles sein und deren Bewertung durch die Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des gesetzlichen Zwecks der Freistellung bestimmter Gräben von den Vorschriften der Wassergesetze.

Dieser wird deutlich in der Einschränkung, daß der Graben nicht der Vorflut oder der Vorflut der Grundstücke eines Eigentümers bzw., daß der Graben der Bewässerung der Grundstücke nur eines Eigentümers oder nur Bewässerungszwecken dient.

Der Beschränkung auf die Grundstücke eines Eigentümers liegt der Gedanke zu Grunde, daß in diesem Falle keine konkurrierenden Privatinteressen und kein Gemeinwohlinteresse die öffentlich-rechtliche Beschlagnahme des Grabens fordern.

Weiterhin muß der Graben der Vorflut oder der Bewässerung dienen. Vorflut ist gleichbedeutend mit unbehindertem Abfluß des auf der Erdoberfläche befindlichen Wassers nach dem natürlichen Gefälle, [1] und zwar des zum Wasserschatz der Natur gehörenden Wassers, wie insbesondere das Niederschlags- und Grundwasser.

Der wild, ungeregelte Zufluß des Wassers kann nicht die Gewässereigenschaft des Grabens begründen, auch nicht, wenn dieser sich über die Grundstücke mehrerer Eigentümer erstreckt. Voraussetzung ist vielmehr immer eine geregelte, künstliche Wasserleitung durch künstlich geschaffene Betten oder besondere Entwässerungsanlagen.

1) So Burghartz § 1 Anm.3;Rehder § 1 Anm.8; Feldt § 46 Anm.4 a; Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 12 d.

Entsprechendes gilt für die Bewässerungsgräben. Der Grund hierfür ist in folgendem zu sehen : Wenn sich auf dem Grundstück eines Eigentümers ein Graben befindet, der nur der Ent- oder Bewässerung dieses Grundstücks dient, so handelt es sich bei dem Graben entsprechend den oben angeführten landesrechtlichen Bestimmungen nicht um ein Gewässer. Fließt nun von einem höher gelegenen Grundstück diesem Graben Wasser wild zu, so kann hierdurch die Gewässereigenschaft des Grabens nicht begründet werden, und zwar auch dann nicht, wenn der Unterlieger das Wasser widerspruchslos aufgenommen hat. Die Folge wäre nämlich, daß der Unterlieger als Eigentümer des Grabens zukünftig den wilden Zufluß des Wassers dulden müßte -nach den Bestimmungen der meisten Landeswassergesetze unentgeltlich. [1] Dieses Ergebnis stünde jedoch in direktem Widerspruch zu dem wasserrechtlichen Nachbarrecht der Länder, [2] das den Unterlieger nur unter bestimmten Voraussetzungen und auch dann zum Teil nur gegen Entschädigung zur Aufnahme des wild abfließenden Wassers verpflichtet.

Da der Graben der Vorflut oder der Bewässerung dient, hängt von den augenblicklichen, konkreten Umständen ab, wobei allerdings eine nur zufällige und vorübergehende Zweckänderung außer Betracht bleiben kann. Es kommt nicht darauf an, wer, wann und zu welchem Zweck den Graben angelegt hat, und welchem Zweck der Graben früher gedient hat. Entscheidend ist ausschließlich der augenblickliche Zustand. [3] Dies gilt

- 81 -

---

1) Siehe Anm. 2 auf S. 62 f.

2) Siehe §§ 81 BadWürttWG; 63 BayWG;66 BerlWG; 122 BremWG; 7 HambWG; 21 ff. NiesNachbarrG vom 24.9.1962 73 HessWG; 123 NiedersWG; 78 NRWWG; 84 RhPfWG; 75 SaarlWG; 67 f. SchleswWHG.
Dieses Ergebnis entspricht auch der ständigen Rspr. und der h.M. in der Literatur zum PrWG.Vergl.:Pr. OVG in OVG 1o3,192 ff.;45, 3o8; 71,35o;72,342; 74, 377. Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 12 d.

3) Ebenso Burghartz a.a.O.;Rehder a.a.O.; Holtz-Kreutz- Schlegelberger a.a.O.

auch für die sog. Wegeseitengräben. Dienen sie anderen Zwecken -mit Ausnahme der Ableitung des wild abfliessenden Wassers der angrenzenden Grundstücke anderer Eigentümer - als der Entwässerung des Straßen-oder Bahnkörpers, der regelmäßig im Eigentum nur einer juristischen Person sein wird, so haben sie Gewässereigenschaft. [1] Eine Herausnahme aller Wegeseitengräben aus dem sachlichen Geltungsbereich der Wassergesetze ohne Rücksicht auf ihre konkreten wasserwirtschaftlichen Funktionen im Einzelfall wäre nicht sachgerecht.

c) Teiche und andere kleine Gewässer

Ebenfalls auf § 1 II WHG gestützt haben die Landeswassergesetze mit Ausnahme des BayWG und RhPfWG weitere wasserwirtschaftlich weniger bedeutsame Wasseransammlungen als nicht zu den Gewässern i.S.d. Wassergesetze gehörig erklärt. Entsprechend § 1 II WHG ist jedoch auch auf sie die Haftungsregelung des § 22 WHG anwendbar.

aa) Gesetzliche Regelung

Diese ergänzenden Sonderregelungen lassen sich, aufgegliedert nach ihrem jeweiligen sachlichen Umfang, folgendermaßen darstellen :
§ 1 II HambWG zählt zu diesen Wasseransammlungen Grundstücke. die ausschließlich der Fischzucht oder der Fischhaltung dienen und mit anderen oberirdischen Gewässern keine natürliche Verbindung haben.

Nach § 1 II Z. 2 HessWG werden daneben auch Grundstücke. die zu anderen nicht wasserwirtschaftlichen Zwecken mit Wasser bespannt sind und mit einem Gewässer nicht oder nur künstlich verbunden sind, von der Geltung der Wassergesetze ausgenommen.

1) So LG Kassel in MDR 1959 S.844 zu § 1 III PrWG. Czychowski,Die Einleitung von Straßenoberflächenwasser in ein Gewässer in ZfW 1972, 288.

Die gleiche Regelung findet sich in den §§ 1 II Nr. 2 BerlWG; 1 II Nr. 2 BremWG; 1 II Nr. 2 NiedersWG; 1 II Nr. 2 SaarlWG und 1 II Buchst. b) SchleswHWG. Es fehlt hier nur die Beschränkung auf nicht wasserwirtschaftliche Zwecke; Zweck der künstlichen Verbindung soll sein, die Wasseransammlung aus dem Gewässer zu füllen oder in das Gewässer abzulassen.

§ 1 II Nr. 2 NRWWG spricht dagegen von einer künstlichen Verbindung mit einem oberirdischen Gewässer, ohne den Zweck der Verbindung näher zu beschreiben. Letzteres stimmt mit der Regelung des HambWG und HessWG überein.

Eine Verschiedenheit gegenüber den anderen Landeswassergesetzen weist das BadWürttWG zumindest in der Formulierung auf, denn nach § 1 II rechnet es "Fischteiche, Feuerlöschteiche, Eisweiher und ähnliche kleine Wasserbecken, die mit einem oberirdischen Gewässer nur durch künstliche Vorrichtungen verbunden sind " nicht zu den Gewässern.

bb) Auslegung der gesetzlichen Regelung

Voraussetzung der Freistellung dieser Wasseransammlungen von den Vorschriften der Wassergesetze ist daß sie die allgemeinen Merkmale des Gewässerbegriffs erfüllen; denn andernfalls wären die oben wiedergegebenen Ausnahmeregelungen unverständlich, da die Wassergesetze auf Nichtgewässer selbstverständlich keine Anwendung finden. Das sog. gefaßte Wasser ist also mit diesen Vorschriften nicht angesprochen. Lediglich für das BadWürttWG gilt aus den bereits erwähnten rechtsgeschichtlichen Gründen etwas anderes, so daß im § 1 II BadWürttWG auch Feuerlöschteiche, die häufig keine Gewässer, sondern gefaßtes Wasser darstellen werden, namentlich genannt sind.

Dem Zweck der neuen Wassergesetze entsprechend können unter die Ausnahmeregelungen keine größeren

Gewässer fallen, unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen des geschriebenen Tatbestandes erfüllen. Bei den größeren Gewässern wird nämlich in aller Regel ein wasserwirtschaftlich beachtlicher Zusammenhang mit dem Grundwasser und damit mit dem natürlichen Wasserhaushalt gegeben sein, der die Anwendung des gesamten Instrumentariums der Wassergesetze fordert. Die Größe des Gewässers allein ist also nicht entscheidend, vielmehr kommt es auf die regelmäßig mit ihr korrespondierende naturgegebene Interdependenz der Gewässer an. Diese einschränkende Auslegung der Ausnahmeregelungen kann daneben aus dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften hergeleitet werden und ist im übrigen das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung. Letzteres deshalb, weil § 1 II WHG die Länder nur ermächtigt hat, Gewässer von untergeordneter Bedeutung von den Bestimmungen des WHG auszunehmen. Nur so weit geht die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder.

Auch der Wortlaut der Ausnahmeregelungen stützt diese Auslegung. Denn übereinstimmend sagen die Landeswassergesetze, daß das Gewässer nicht oder nur mittels künstlicher Vorrichtungen mit einem Gewässer in Verbindung stehen darf. Wenn ein Inverbindungstehen des Gewässers mit einem anderen Gewässer auch bei einer abstrakten Betrachtungsweise nicht in dem Sinne möglich ist, daß eine wechseltige Beeinflussung stattfinden kann, so handelt es sich um gefaßtes Wasser. Allerdings spezifizieren die meisten Landeswassergesetze [1] die Art der Verbindung dergestalt, daß sie dem Füllen oder Ablassen des Gewässers dienen muß. Aber auch wo das nicht ausdrücklich gesagt wird, [2] muß das Tatbestandsmerkmal Inverbindungstehen in diesem engeren Sinne

1) Vergl. §§ 1 II Z.2 BerlWG; 1 II Z.2 BremWG; 1 II Z.2 NiedersWG; 1 II Z.2 SaarlWG; 1 II Buchst.b) SchleswHWG.

2) So §§ 1 II BadWürttWG; 1 II HambWG; 1 II Z.2 HessWG; 1 II Z. 2 NRWWG.

verstanden werden, da bei einer extensiven Auslegung -allgemeiner Zusammenhang mit dem natürlichen Wasser - haushalt- die Ausnahmeregelung, die ein Gewässer voraussetzt, gar nicht anwendbar wäre.

Gerechtfertigt erscheint diese einschränkende Regelung deshalb, weil eine nur künstliche Verbindung der Gewässer, die nur dem Zweck des Füllens oder Ablassens dient, die Möglichkeit der Kontrolle und Eindämmung möglicher Benutzungsauswirkungen von dem einen auf das andere Gewässer bietet. Kann hingegen diese Kontrollmöglichkeit allein nicht wirksam werden wegen der beachtlichen natürlichen wasserwirtschaftlichen Wechselbeziehung dieses Gewässers mit einem anderen, so muß dieses Gewässer den Bestimmungen der Wassergesetze unterstehen.

Obwohl einige Landeswassergesetze [1] ganz allgemein auf die künstliche Verbindung mit einem Gewässer abstellen, wird man darunter nur die in Betten stehenden oder fließenden Gewässer zu verstehen haben. Die ungenaue Ausdrucksweise erklärt sich aus der Tatsache, daß die Landesgesetzgeber zu Recht davon ausgingen, eine Verbindung mit dem Grundwasser zum Füllen oder Ablassen des Gewässers sei in der Regel nicht möglich. Falls aber durch Pumpen, Sickerschächte oder ähnliche Vorrichtungen eine derartige Anlage geschaffen wird, so ist der gesamte Tatbestand einschließlich des oberirdischen Staus des geförderten Grundwassers ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Grundwasserbenutzung zu beurteilen.

Nach allen Landeswassergesetzen mit Ausnahme des HambWG und HessWG ist es unbeachtlich, welchem Zweck die Wasseransammlung dient. [2] Fischzucht und Fischhaltung sind nur beispielhafte Aufzählungen, wie sich aus der

1) Siehe BerlWG Brem-, Hess-, Niedersächs., Saarl- und SchleswHWG jeweils a.a.O.

2) So auch Burghartz § 1 Anm. 5; Rehder § 1 Anm.8.

Formulierung "oder zu sonstigen Zwecken " ergibt. Allein das HambWG beschränkt die Ausnahmeregelung des § 1 II auf Grundstücke, die ausschließlich der Fischzucht oder Fischhaltung dienen. Gemäß § 1 II Z.2 HessWG müssen die Grundstücke zum Zwecke der Fischzucht oder Fischhaltung oder zu sonstigen nicht wasserwirtschaftlichen Zwecken mit Wasser bespannt sein. Der Begriff Wasserwirtschaft ist hier eng auszulegen. Es fallen darunter nur diejenigen Maßnahmen und Veranstaltungen, die eine unmittelbare Benutzung der Substanz des Wassers zum Gegenstand haben, wie beispielsweise Wasserableitung und - einleitung. Klär- und Speicherbecken. [1)]

d) Heilquellen

§ 1 II WHG gewährt den Ländern darüber hinaus auch das Recht, Quellen. die zu Heilquellen erklärt worden sind, dem Geltungsbereich der Wassergesetze zu entziehen. Das ist nicht geschehen. Das BerlWG und das SchleswHWG behandeln das Recht der Heilquellen überhaupt nicht und belassen es somit bei den allgemeinen Vorschriften. Die übrigen Länder haben eine Sonderregelung getroffen, die das Wassernutzungsrecht allerdings nur mittelbar betrifft.

Übereinstimmend [2)] werden Heilquellen definiert als natürlich zutage tretende oder künstlich erschlossene Wasser- oder Gasvorkommen, die auf Grund ihrer chemischen Zusammensetzung, ihrer physikalischen Eigenschaften oder nach der Erfahrung geeignet sind, Heilzwecken zu dienen. Der hier vertretene Quellbegriff

---

1) So Feldt § 1 Anm. 3.

2) Siehe §§ 38 BadWürttWG; 38 BayWG; 42 BremWG; 33 I HambWG; 4o I HessWG; 1o9 NiedersWG; 26 I NRWWG; 43 RhPfWG und 39 SaarlWG.

geht weiter als der des § 1 I Nr. 1 WHG, denn auch die künstliche Erschließung der näher bestimmten Gas- und Wasservorkommen beispielsweise mittels eines Brunnens oder gar durch Pumpen läßt eine Heilquelle entstehen. Für das Wassernutzungsrecht ist jedoch dies zu beachten: Auch Heilquellen sind Gewässer i.S. d. Wassergesetze. [1] Die Benutzung dieser Quellen bedarf daher gem. §§ 3,2 WHG einer Erlaubnis oder Bewilligung. [2] Für die Frage, ob Grundwasser oder ein oberirdisches Gewässer benutzt wird, ist daher ausschließlich die oben [3] vorgeschlagene Abgrenzung der Gewässerarten von Bedeutung, so daß die künstliche Erschließung beispielsweise mittels Pumpen als Grundwasserbenutzung zu behandeln ist. Der Begriff der Heilquelle ist nur eine Anwendungsvoraussetzung für die landesrechtlichen Sondervorschriften. Außerdem muß die Heilquelle als solche auch staatlich anerkannt sein.

Dem Eigentümer oder Betriebsinhaber der Heilquelle können sodann Betriebs- und Überwachungspflichten [4] auferlegt werden, [5] und es kann ein Quellenschutzgebiet festgesetzt werden. [6] Beide Maßnahmen betreffen die Ausübung des Nutzungsrechts, und insbesondere die Festsetzung von Betriebs - und Überwachungspflichten über § 4 WHG i.Verb. m. den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften hinaus kann als sachlich erforderliches Korrektiv der ansonsten undifferenzierten und unbefriedigenden Gleichsetzung der Heilquellen mit den übrigen Gewässern angesehen werden. Auch die Tatsache, daß die Landeswassergesetze hier die Möglichkeit einer konkre-

1) So VG Hannover , GWF 1963, S. 382.

2) Ebenso Rehder § 1o9 Anm.1; Feldt § 4o Anm.1; Fritzsch § 38 Anm. 2.

3) Siehe S. 45 ff.

4) S.hierzu Köhler, Der wasserwirtschaftliche Betriebsbeauftrage, S. 25 ff.

5) Vergl. §§ 41 BadWürtt-, 39 I Bay-,44 Brem-,33 II Hamb-, 42 Hess-, 111 Nieders-, 26 II NRW-, 47 RhPf- und 42 SaarlWG.

6) Vergl. §§ 4o BadWürtt-, 4o Bay-, 43 Brem-, 34 Hamb-, 41 Hess-, 112 Nieders-, 26 III, IV NRW- , 45 PhPf- und 41 SaarlWG.

tisierenden Korrektur durch Verwaltungsakt geschaffen haben, ist sicherlich positiv zu bewerten, denn eine abstrakte Regelung könnte den Besonderheiten des jeweiligen Falles nicht gerecht werden.

e) Talsperren, Wasserspeicher und Rückhaltebecken

Wegen der besonderen Gefährlichkeit der Anlagen einerseits und wegen der Bedeutung derselben als Energiequelle andererseits [1] haben die meisten Länder spezielle Vorschriften für Talsperren, Wasserspeicher, Rückhaltebecken und sonstige Stauanlagen erlassen. Lediglich Bayern, [2] Hamburg und Schleswig- Holstein lassen es bei der für alle Gewässer geltenden Regelung bewenden, wobei jedoch die Sonderregelung hinsichtlich der Errichtung von Anlagen in, an und über oberirdischen Gewässern zu berücksichtigen ist. [3]

Talsperren sind gemäß der Legaldefinition der Landeswassergesetze [4] Stauanlagen, bei denen die Höhe des Stauwerks von der Sohle des Gewässers bis zur Krone gefüllt mehr als 1oo.ooo m^3 umfaßt. Talsperre ist eine typische, aber nur beispielhafte Bezeichnung für derartige Stauanlagen. Der Zweck der Anlage spielt keine Rolle, nur muß sie neben den genannten Merkmalen auch die des allgemeinen Gewässerbegriffs erfüllen.

Für den Bau, die Unterhaltung, den Betrieb und die Aufsicht haben die Landeswassergesetze a.a.O. mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit und Bedeutung dieser Anlagen besondere formelle und materielle Vorschriften eingeführt.

1) So Dahme, Die rechtliche Einordnung der Stauanlagen, Talsperren, Hochwasserspeicher und Überschwemmungsgebiete im neuen Landeswasserrecht, WuB 196o, S.424.

2) Bez. der in Bayern z.T. fortgeltenden einschlägigen Erlasse und Verwaltungsanweisungen s.Riederer-Sieder § 43 Anm. 1- 7.

3) Vergl. §§ 44 BadWürtt-, 35 Berl-, 73 Brem-, 37 Hess-, 68 Nieders-, 42 NRW-, 4o RhPF- und 36 SaarlWG.

4) Siehe Ausführungen S. 148 f.

Außerdem ist vorgesehen, daß die obere [1] bzw. oberste [2] Wasserbehörde feststellen kann, daß mit einer nicht unter die Definition der Talsperre fallenden Stauanlage erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verbunden sind : dann gelten diese Stauanlagen als Talsperren. Das gilt auch für Stauanlagen, die keine Gewässer darstellen. wie beispielsweise außerhalb eines Gewässers liegende Rückhaltebecken. Hierdurch werden die Rückhaltebecken, gleichgültig welchem Zweck sie dienen, nicht zu Gewässern. [3]

Unmittelbare Bedeutung für das Wassernutzungsrecht haben die Bestimmungen der Landeswassergesetze über Umfang und Regelung des Gemeingebrauchs. [4] Hiernach findet ein Gemeingebrauch an Talsperren und den Stauanlagen, die durch die oben genannte behördliche Feststellung ihrer Gefährlichkeit den Talsperren gleichgestellt sind, nicht statt. Daß sich der Ausschluß des Gemeingebrauchs auch auf diese Stauanlagen, soweit ihnen überhaupt Gewässereigenschaft zukommt, bezieht, sagen einige Landeswassergesetze ausdrücklich. Im übrigen ergibt sich diese Folge aus der Gleichstellung beider Arten von Gewässern. An Talsperren und anderen Stauanlagen kann aber durch eine den Gemeingebrauch regelnde Rechtsverordnung der Gemeingebrauch zugelassen werden.

f) Bundeswasserstraßen

Die Bundeswasserstraßen waren in dem Gesetz über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich v. 29.7.1921 (RGBl. S.961)bezeichnet.Gem.§ 1 I des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen vom 21.5.1951 galt diese Regelung sinngemäß weiter. Das vom Bund erlassene Gesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen vom 17.8.196o (BGBl. II. S. 2125) wurde durch das Urteil des Bundesverfassungs-

1) Vergl.§§ 45 BadWürtt-, 4o II RhPf-, 36 III SaarlWG.
2) Vergl. §§ 37 II Hess-,71 Nieders-, 42 II NRWWG
3) So auch Burghartz § 42 Anm. 4
4) Vergl. §§ 26, 28 BadWürtt-; 21,22 Bay-; 25 Berl-; 61, 63 Brem-; 9,1o,11,12o Hamb-; 26,27 RhPf; 24, 25,26 Saarl-; 17 ff SchleswHWG.

gerichts vom 3o.1o.1962 [1] wegen fehlender Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Regelung der Wassermengen- und Wassergütewirtschaft für nicht erklärt.

Das am 1o.4.1968 in Kraft getretene neue Bundeswasserstraßengesetz [2] regelt Eigentum und Verwaltungsaufgaben an und hinsichtlich der Bundeswasserstraßen, die in der Anlage zu dem Gesetz aufgeführt und zugleich gegenüber den Küstengewässern örtlich abgegrenzt werden. Eine das WHG ergänzende wassernutzungsrechtliche Regelung enthält das Gesetz nicht. [3]

Somit unterstehen auch die Bundeswasserstraßen der Geltung des WHG und der Landeswassergesetze. [4] Soweit sich aus der wasserwirtschaftlichen und allgemein volkswirtschaftlichen Bedeutung dieser Gewässer Besonderheiten für das Wassernutzungsrecht und möglicherweise auch für die Bestimmung des Benutzungsbegriffs ergeben, wird darauf im 3. Teil dieser Arbeit eingegangen werden. Das WHG erwähnt die Bundeswasserstraßen nur in §§ 1 und 24 III und bestimmt, daß Anlieger- und Hinterliegergebrauch an ihnen nicht stattfindet.

3. Einteilung der Gewässer

a) Grund der Einteilung

Der Gewässerbegriff, so wie er bisher dargestellt worden ist, umfaßt eine Vielfalt verschiedenartiger Wassersammlungen : Große Wasserstraßen und kleine Bäche, Talsperren und kleine Teiche, Vorflutgräben usf. Von ihrer natürlichen Beschaffenheit her sind diese Gewässer geeignet, verschiedenen Zwecken in unterschiedlicher wasserwirtschaftlicher Bedeutung zu dienen.

---

1) DÖV 1962 S. 863 ff

2) So auch für die Rechtslage vor dem 1o.4.1968 OVG Koblenz,ZfW 1964,S.1o9,Frieseke,Recht der Bundeswasserstraßen,S.29.Der neue Entwurf eines Bundeswasserstrassengesetzes BR-Drucks.241/65) tastet die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft im wesentl.nicht an.So Salzwedel,Der Entwurf des Bundeswasserstraßengesetzes und die Länderkompetenzen.ZfW 1965 S.92 ff.

3) "Bundeswasserstraßengesetz" v.2.4.1968(BGBl II S.173 i.f.G.b.24.5.1968 (BGBl I S.5o3)

4) So auch Mintzel,Kommentar zum Bundeswasserstraßengesetz, in Wüsthoff,Handbuch des Deutschen Wasserrechts C 212 E § 6 Anm.1 A;und Gieseke-Wiedemann § 1, Anm. 8 a.

Diesem Umstand müssen die Wassergesetze mit einer in formeller und materieller Hinsicht differenzierenden Regelung Rechnung tragen. Da das WHG mit Rücksicht auf seinen Charakter als Rahmengesetz lediglich zwischen ober- und unterirdischen Gewässern unterschieden hat, [2] blieb die hier nur in Betracht kommende Einteilung der oberirdischen Gewässer den Landeswassergesetzen vorbehalten. Im Folgenden sollen die Klassifizierungsmerkmale und die rechtliche Bedeutung der Einteilung kurz dargestellt werden.

b) Art der Einteilung

In Baden- Württemberg gilt eine besondere Regelung.[1] Alle anderen Landeswassergesetze teilen die oberirdischen Gewässer in natürliche oder künstliche, fließende oder stehende Gewässer ein und unterteilen sie in drei Ordnungen. Nur die drei Stadtstaaten beschränken sich auf zwei Ordnungen, und das HambWG unterscheidet außerdem nicht zwischen fließenden und stehenden Gewässern. Auf eine ausdrückliche Definition der Begriff natürliches, künstliches, fließendes und stehendes Gewässer haben einige Landeswassergesetze verzichtet. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Begriffe in allen Landeswassergesetzen dieselbe Bedeutung haben.

aa) Natürliche und künstliche Gewässer

Ein künstliches Gewässer liegt immer dann vor, wenn sein Bett ursprünglich künstlich hergestellt worden ist. [3] Künstliche Veränderungen an einem in einem natürlichen Bett stehenden oder fließenden Gewässer

1) Siehe unten Seite 92

2) So die amtliche Begründung BT- Drucks.2o72,S. 21.

3) Vergl. §§ 57 BremWG; 2 I HessWG; Burghartz § 2 Anm.3;Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 8.

ändern die Gewässereigenschaft nur, wenn sie zu einer völligen Umgestaltung der Verhältnisse führen. [1] Im Zweifel ist ein Gewässer als natürliches anzusehen; [2] für Triebswerkskanäle und Bewässerungskanäle spricht die entgegengesetzte Vermutung. [3]

bb) Stehende und fließende Gewässer

Eine Definition der stehenden und damit zugleich eine Abgrenzung zu den fließenden Gewässern enthalten die §§ 7 III RhPfWG und 6 IV SaarlWG. Hiernach sind stehende Gewässer Wasseransammlungen, "deren Spiegel unbeeinflußt von Witterung oder künstlichen Einwirkungen horizontal sind. Unbedeutende oder vorübergehende Abweichungen bleiben außer Betracht. "Ein fließendes Gewässer muß einen ständigen, natürlichen und oberirdischen Abfluß haben. Unerheblich ist, ob eine Fließbewegung erkennbar ist. [4]

cc) Gewässerordnungen

Daneben werden die oberirdischen Gewässer nach ihrer wasserwirtschaftlichen Bedeutung in 3 bzw. in den Stadtstaaten in 2 Ordnungen unterteilt. Die Gewässer 1. und 2. Ordnung sind in einem dem jeweiligen Gesetz anliegenden Verzeichnis, das Gesetzeskraft hat, namentlich bezeichnet, oder werden durch Rechtsverordnung der obersten Wasserbehörde eingestuft. Alle übrigen oberirdischen Gewässer gehören der 3. bzw. in den Stadtstaaten der 2. Ordnung an.

---

1) Verl. §§ 57 BremWG; 2 I HessWG;Burghartz § 2 Anm. 3 §§ 1 III BAyWG; 2 II NRWWG; 2 II RhPfWG und 2 III SaarlWG.
So auch Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 1 Anm. 8

2) So LWA 1,2 .

3) Vergl. §§ 2 II NRWWG und 2 II RhPfWG.

4) Ebenso Feldt § 2 Anm. 2

dd) Baden- Württembergische Sonderregelung

In Baden- Württemberg gilt insofern eine abweichende Regelung, als mit Rücksicht auf die Durchführung der Konstruktion des öffentlichen Eigentums an bestimmten Gewässern [1] die oberirdischen Gewässer auch noch unterteilt werden in öffentliche und private.

c) Rechtliche Bedeutung der Einteilung

Die Einteilung der Gewässer nach den oben beschriebenen Merkmalen ist von Bedeutung für die Eigentumsregelung, die Bestimmung der Unterhaltungsträger, die Zulässigkeit des Gemeingebrauchs, Anlieger- und Hinterliegergebrauchs und die Zuständigkeitsregelung.

Die Eigentumsverhältnisse an den oberirdischen Gewässern sind nach den einzelnen Landeswassergesetzen zum Teil erheblich unterschiedlich geregelt. [2] Das wichtigste, in allen Landeswassergesetzen verwandte Zuordnungskriterium ist die Gewässerordnung. Auf Einzelheiten kann hier verzichtet werden.

Die Festsetzung der Unterhaltungspflicht ist überwiegend unter differenzierender Beachtung der einzelnen Unterscheidungsmerkmale -natürliche und künstliche, fließende und stehende Gewässer und Gewässerordnungen- erfolgt. [3]

Entsprechend der wasserwirtschaftlichen Bedeutung der Gewässer, die in den Gewässerordnungen als eine gesetzlichen Widmung zum Ausdruck kommt, ist auch die funktionelle Zuständigkeit der Wasserbehörden -mit

1) Zu der Frage, ob es sich hierbei wirklich um öffentliches Eigentum i.S.Otto Mayers,oder um Privateigentum in Händen des Staates handelt, vergl.Salzwedel, Gemeingebrauch im Wege-und Wasserrecht,ZfW 1962, S. 78 f.

2) Vergl. §§ 4 ff.BadWürtt-,4 ff.Bay-,3 ff.Berl-, 58 f. Brem-, 4,1o4 ff.Hamb-, 4 ff.Hess-, 53 f. Nieders-, 3 ff. NRW-, 3 ff. RhPf-, 3 ff. Saarl-, 3 ff SchleswHWG.

3) auf der folgenden Seite.

Ausnahme der Stadtstaaten- unterschiedlich. [1]

Grundlage der Regelung des Gemeingebrauchs ist in den meisten Ländern die Einteilung der Gewässer in natürliche, künstliche, fließende und stehende.

Grundsätzlich an allen oberirdischen Gewässern ist der Gemeingebrauch zulässig nach §§ 26 BadWürttWG, 22 BerlWG, 21 BayWG und 9 HambWG. Ausgenommen sind hier wie auch in den übrigen Ländern die bereits besprochenen Talsperren und sonstigen Stauanlagen und die in Hofräumen, Betriebsgrundstücken, Gärten und Parkanlagen, die im Eigentum der Anlieger stehen, liegenden Gewässer. Das BayWG a.a.O. und § 25 BerlWG nehmen noch Fischteiche vom Gemeingebrauch aus.

Die nächste, weniger weit gehende Gruppe läßt den Gemeingebrauch nur an natürlichen Gewässern zu. [2] Zum Teil ist jedoch die Möglichkeit der Erweiterung des Gemeingebrauchs durch Rechtsverordnung auf die künstlichen Gewässer vorgesehen. [3]

Nur an natürlichen, fließenden Gewässern -allerdings durchweg mit der Möglichkeit der Ausdehnung durch Rechtsverordnung auf andere Gewässer- ist Gemeingebrauch nach folgenden Landeswassergesetzen zulässig : §§ 61, I, IV BremWG; 27 I, IV HessWG; 55 I,IV NiedersWG; und 26 I, III RhPfWG.

Was die Zulässigkeit des Anlieger- und Hinterliegergebrauchs betrifft, so schreibt § 24 III WHG auch für die Landeswassergesetze verbindlich vor, daß an

- 94 -

Anm.3 von S.92) Vergl.§§ 49 BadWürttWG 43 BayWG, 41 BerlWG 87 ff.BremWG; 36 ff.HambWG, 82 ff.NiedersWG, 48 NRWWG, 56 RhPfWG, 47 SaarlWG und 39 f.SchlesHWG.

1) Vergl. §§ 96 BadWürttWG 91 HessWG, 117 NiedersWG, 97 NRWWG, 94 SaarlWG und 8o SchleswHWG.

2) Vergl. §§ 31 I NRWWG 24 I SaarlWG, 17 SchleswHWG.

3) So auch §§ 31 III NRWWG und 24 III SaarlWG.

künstlichen Gewässern ein derartiges Benutzungsrecht nicht bestehen kann. Soweit die Länder den Anlieger- und Hinterliegergebrauch geregelt haben, [1] ist der Vorschrift des § 24 III WHG Rechnung getragen worden.

IV. Örtliche Abgrenzung des Gewässers

1. Ausgangspunkt und Methode der Abgrenzung

Wie bereits anläßlich der Erörterung der ungeschriebenen Merkmale des Gewässerbegriffs ausgeführt wurde, ist das Gewässer eine öffentliche Sache. [2] Das gilt sowohl für das oberirdische als auch für das unterirdische Gewässer. Hier interessieren jedoch nur die oberirdischen Gewässer. Das privatrechtliche Sachenrecht und insbesondere die §§ 90 ff. und 905 BGB sind grundsätzlich nicht geeignet, Aufschluß über die örtliche Abgrenzung der öffentlichen Sache Gewässer zu geben. Denn der öffentlichen Sache ist die Körperlichkeit und die daraus folgende räumliche Begrenztheit gerade nicht wesenseigen. Vielmehr ist die öffentliche Sache immer ein funktionsbezogener Gegenstand, der all das umfaßt, was die widmungsmäßige Zweckbestimmung und Zwecktauglichkeit erfordert.

Wie das gesamte öffentliche Sachenrecht wesentlich öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht ist, so muß auch das oberirdische Gewässer in seinem Wesen als ein dem öffentlichen Recht unterliegender Benutzungsgegenstand aufgefaßt werden. Daraus folgt, daß die räumlichen

1) Vergl. §§ 27 BadWürttWG, 24 BayWG, 26 II BerlWG, 33 NRWWG 28 II RhPfWG, 27 II SaarlWG, 21 SchleswHWG.

2) Siehe Ausführungen S. 17 ff.

Widmungsgrenzen letztlich nur den öffentlich-rechtlich erheblichen Benutzungsraum abstecken. Diesen Benutzungsraum ausfüllen durch Klärung des wasserrechtlichen Benutzungsbegriffs überhaupt, durch Aufzeigen aller abstrakt möglichen Benutzungsgegenstände und der jeweils erforderlichen Einwirkungsschwere heißt zugleich, die räumlichen Grenzen des oberirdischen Gewässers festlegen.

Es liegt in dieser, dem Gegenstand allein angemessenen Arbeitsmethode begründet, daß die gestellte Frage hier noch nicht endgültig beantwortet werden kann. Trotzdem ist es angezeigt, den äußeren Rahmen abzustecken, eine Antwort darauf zu geben, ob bestimmte Gegenstände überhaupt Gewässerbestandteil sein können.

2. Funktionelle Einheit von Wasser, Bett und Ufer

a) Wasser und Gewässerbett

Bei einer hydrologischen Betrachtung müssen Wasser und Bett als sich ergänzende Elemente des Gegenstandes "Gewässer" aufgefaßt werden. Das Wasser schafft und formt mit seiner Schwere, seiner Fließkraft, seiner chemisch- physikalischen Beschaffenheit im eitesten Sinne das Gewässerbett. Umgekehrt ergibt sich gerade aus der besonderen Beschaffenheit des Gewässerbetts die technische und wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit und die hiervon mitbestimmte natürliche Zweckbestimmung des Gewässers. Das Wasser für sich ist noch kein genügend spezifizierter Gegenstand einer gesetzlichen Regelung : erst in einer bestimmten räumlichen Situation ist dies der Fall.

Von dieser selbstverständlichen Erkenntnis ist auch der Wassergesetzgeber ausgegangen. So wurde bereits

oben [1] gesagt, daß die Begriffe Wasser und Gewässer im WHG nicht synonym sind, und das Bett auch für den Gesetzgeber Bestandteil des Gewässers ist. [2] An einigen Vorschriften soll dies kurz gezeigt werden.

Die klarste Aussage enthält die schon zitierte Vorschrift des § 3 I Nr. 3 WHG, wonach auch das Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern, soweit dies auf den Zustand des Gewässers oder den Wasserabfluß einwirkt, eine Benutzung i.S.d. WHG ist. § 13 I Nr. 3 BadWürttWG, der § 3 WHG ergänzt, erklärt diese Handlung unabhängig von ihren wasserwirtschaftlichen Auswirkungen zu einer erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Benutzung. In erster Linie fällt unter diese Tatbestände eine Inanspruchnahme des Gewässerbettes.

Folgerichtig bestimmen daher auch die §§ 7,8 I WHG, daß die Befugnis bzw. das Recht zur Benutzung eines Gewässers gewährt wird. Diese zwischen Wasser und Gewässer unterscheidende Ausdrucksweise findet sich in vielen Vorschriften des WHG. [3]

Auch die Regelung des Unterhaltungs- und Ausbaurechts, die nur einen speziellen Aspekt der Nutzungsordnung darstellen, denn die öffentliche Sache soll ja vor allem bei ihrem Zweck erhalten bleiben, [4] entsprechen dieser Unterscheidung.

Nach § 28 WHG wie nach den entsprechenden Vorschriften der Landeswassergesetze umfaßt die Unterhaltung der Gewässer insbesondere die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluß. Hier wird

1) Vergl. Ausführungen S. 15 und 16 mit Anm. 1 und 2

2) A.M. vergl. Gieseke-Wiedemann § 1 Anm.6; Burghartz § 1 Anm.2; Rehder § 1 Anm. 3.

3) Siehe Anm.1

4) So O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II S. 41.

der gleiche Gesichtspunkt wie in § 3 I Nr. 3 WHG in den Vordergrund gestellt, und zwar ausgehend von der selbstverständlichen Erkenntnis, daß ein ordnungsgemäßer Wasserabfluß für den Schutz vor Überschwemmungen wie für die Erhaltung der Benutzungstauglichkeit des Gewässers von gleicher Bedeutung ist. Ebenso selbstverständlich ist aber auch die weitere Erkenntnis, daß entscheidende Ursache für einen ordnungsgemäßen Wasserabfluß der Zustand des Gewässerbettes ist.

Noch deutlicher dargetan wird die funktionelle Abhängigkeit und die durch sie begründete Sachgesamtheit von Wasser und Bett am Beispiel des Ausbaurechts. Die als Ausbau bezeichnete Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers betrifft immer zuerst und in erster Linie Maßnahmen am Gewässerbett.

b) Gewässer und Gewässerufer

Das WHG verwendet nur an einigen Stellen den Begriff Ufer [1] und sagt nirgends ausdrücklich etwas über seine Zugehörigkeit zum Gewässer. Der Wortlaut dieser Bestimmungen-"Gewässer und seine Ufer"- läßt keinen Schluß auf die Bestandteilseigenschaft des Ufers zu. [2]

Da das Gewässerbett und das Gewässerufer aneinandergrenzende Grundstücke sind, müßte zunächst deren Grenze zueinander festgelegt werden, ehe die weitere Frage der Zugehörigkeit des Ufers zum Gewässer beantwortet werden könnte, wenn nicht die Landeswassergesetze mit Ausnahme des NiedersWG die Gewässergrenze zum

1) Siehe §§ 28 I S. 2 und 31 I S. 1WHG.

2) A.A. Köhler, Gewässer, Gewässereigentum und Bewilligung S. 38.

Land hin definitiv bestimmt hätten. [1] Daher sind auch entgegenstehende Auslegungsversuche aus der Zeit vor Erlaß der Landeswassergesetze [2] heute gegenstandslos.

Übereinstimmend ist nach dieser gesetzlichen Regelung die als Uferlinie bezeichnete Linie des mittleren Wasserstandes die Grenze des Gewässers zum Land. Bei Tidegewässern wird sie durch die Linie des mittleren Tidehochwassers bestimmt. [3] Obwohl das NiedersWG keine entsprechende Bestimmung enthält, gilt auch hier das gleiche. Der Ansicht Rehders, [4] daß die Grenze des Gewässers mit der landseitigen Grenze des Ufers zusammenfalle und letztere dort zu ziehen sei, wo die Eintiefung der Landoberfläche beginne, oder, falls eine solche nicht erkennbar sei, der Wasserstand der bordvollen Wasserführung maßgeblich sei, kann nicht gefolgt werden. Dem niedersächsischen Wassergesetzgeber diente als Vor - bild das PrWG von 1913 und als Muster der Mustergesetzentwurf der wasserrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Länder. Beide gehen von dem Mittelwasserstand aus. [5] Die amtliche Begründung für das NiedersWG bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß hiervon abgewichen werden sollte. [6] Auch der Gewässerbegriff, wie er insbesondere in der Unterhaltungsregelung des § 81 II NiedersWG beschrieben ist, fordert keine andere Auslegung. Hierin kann keine unzulässige analoge Anwendung des durch das NiedersWG aufgehobenen § 12 PrWG gesehen werden. [7] Vielmehr rechtfertigt sich die hier vorgeschlagene

1) Vergl. §§ 7 BadWürtt-, 12 Bay-, 6 Berl-,59 Brem-, 3,114 Hamb-, 6 Hess-,7 NRW-, 5 RhPf-, 5 Saarl- und 8 SchleswHWG.

2) Vergl.insbesondere Lüders, Zur Erläuterung des Begriffs "oberirdische Gewässer"im Wasserhaushaltsgesetz, WuB 1958 S. 347 ff. mit weiteren Literaturhinweisen.

3) So §§ 59 I Brem-, 3 III Hamb- und 8 I SchleswHWG.

4) So § 1 Anm. 3 d) und § 81 Anm. 5.

5) Vergl. §§ 12 I PrWG und 4 I Mustergesetzentwurf.

6) Vergl. Nieders.Landtagsdrucksache Nr.51,4. Wahlperiode

7) So aber VG Oldenburg, ZfW 1964 S. 1o5 ff. und zustimmende Anmerkungen von Rehder ebenda.

örtliche Abgrenzung des oberirdischen Gewässers zu dem Ufergrundstück aus dem nutzungsrechtlich verstandenen Gewässerbegriff.

Eine andere Frage ist jedoch, ob das Ufer wasserseitig an der Uferlinie, [1] oder an der Sohle [2] beginnt. Die Entscheidung dieser Streitfrage mag für das Unterhaltungsrecht von Bedeutung sein, das uns hier interessierende Wassernutzungsrecht i.e.S. jedoch ist auf diese Diffenzierung nicht angewiesen.

Die Uferlinie kann in einem besonderen Verfahren durch Verwaltungsakt festgesetzt werden. [3] Die Festsetzung hat, soweit die öffentlich-rechtliche Seite betroffen ist, konstitutive Wirkung. [4]

3. Untergrund und Luftraum

Die weitere Frage ist nun, ob auch der Luftraum über und das Grundstück unter einem oberirdischen Gewässer diesen in seiner Eigenschaft als Benutzungsgegenstand des öffentlichen Rechts zuzurechnen sind und wo ggf. die Grenze liegt. Wie schon ausgeführt wurde, ist die Vorschrift des § 9o5 BGB wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit des privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Sachenrechts auf das Gewässer auch nicht entsprechend anwendbar. [5]

Auch hier ist in erster Linie wieder vom Wassernutzungsrecht auszugehen und, soweit das in diesem Stadium der Untersuchung möglich ist, der Benutzungsgegenstand von der Benutzungsregelung her zu bestimmen.

1) So Gieseke- Wiedemann § 1 Anm.2; Witzel § 1 Anm. 1.
2) So Sieder-Zeitler § 1 Anm. 6 und Lüders a.a.O.
3) Siehe Ausführungen S. 1o8 f.
4) A.M.: Vergl. Burghartz § 7 Anm.2 und Feldt § 6 Anm.3.
5) A.A. für das PrWG Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 22 Anm. 3.

Unter Gewässeruntergrund ist der durch die erdseitige Grenze des Wassers einerseits und die von den (beiden) Uferlinien ausgehenden, bis zum Erdmittelpunkt verlaufenden Senkrechten begrenzte Grundstücksraum zu verstehen, und der Gewässerluftraum stellt die von der Wasseroberfläche und den (beiden) auf den Uferlinien errichteten und ins Unendliche verlaufenden Senkrechten begrenzte Luftsäule dar.

Hinsichtlich des Gewässeruntergrundes ist die grundsätzliche Frage bereits durch den Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut des § 3 I Nr. 3 WHG beantwortet worden. Das gilt jedoch nicht ebenso zweifelsfrei für den Gewässerluftraum. Es empfiehlt sich, diesen durch eine waagerechte Verbindungslinie der beiden Uferlinien zu unterteilen, und die Frage entsprechend zu differenzieren. Der unterhalb dieser Verbindungslinie liegende Luftraum, der bei mittlerem Wasserstand mit Wasser ausgefüllt ist, muß als Gewässerbestandteil, und bestimmte Maßnahmen in diesem Raum müssen als Benutzungen angesehen werden. Denn wenn beispielsweise in diesem Luftraum eine Leitung gespannt wird, und dann das Wasser auf den mittleren Stand ansteigt, so ist ein Stoff in ein Gewässer eingebracht i.S.d. § 3 I Nr. 4 WHG.

Somit kann festgestellt werden, daß die durch die Uferlinien begrenzte Grundstücksfläche und die von der Wasseroberfläche bis zur waagerechten Verbindungslinie der Uferlinien reichende Luftsäule Bestandteile des oberirdischen Gewässers sind.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, in welcher Tiefe die Grenze zu ziehen ist, und ob der Luftraum oberhalb der die Uferlinien verbindenden Graden bis zu einer bestimmten Höhe dem Gewässer zugehörig ist. Um zunächst die extreme Möglichkeit und ihre rechtlichen Folgen aufzuzeigen : Wenn der Untergrund bis zum Erdmittelpunkt Gewässerbestandteil wäre, dann müßte auch alles sich in diesem Erdkörper befindliche Wasser dem für oberirdische Gewässer geltenden Nutzungsrecht unterstehen. Außerdem wäre der unterirdische Abbau von Mineralien

ein Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern. [1] Letzteres würde i.a.R. auch noch den Tatbestand des Einbringens von Stoffen in ein oberirdisches Gewässer erfüllen. Genauso wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn ein Flugzeug in großer Höhe ein oberirdisches Gewässer überfliegt und die Luftsäule als Gewässerbestandteil angesehen würde.

Schon diese Beispiele zeigen, daß eine nach oben und unten unbegrenzte Ausdehnung des oberirdischen Gewässers nicht sinnvoll ist. An dieser Stelle sollte man sich des Zwecks der Wassergesetze und der rechtlich geschützten Funktion des oberirdischen Gewässers erinnern: Der Wasserhaushalt soll durch gesetzliche Regelung und administrative Kontrolle der Einwirkungen auf die Gewässer geordnet werden. Diesem Zweck muß auch der Zweckbegriff oberirdisches Gewässer dienen.

Alles, was oberhalb der waagerechten Verbindungslinie der Uferlinien oder unterhalb der von den Uferlinien begrenzten Grundstücksfläche geschieht, ist i.d.R. nicht von unmittelbarer Bedeutung für das oberirdische Gewässer, es sei denn, es handelt sich um eine mittelbare Einwirkung mit Benutzungsqualität. [2] Daher sollte man das oberirdische Gewässer als Gegenstand des öffentlichen Wassernutzungsrechts grundsätzlich auf die vorgeschlagene Art begrenzen.

Für dieses Ergebnis spricht auch, daß der übrige Gewässeruntergrund und-luftraum durchaus kein von öffentlichen Beschränkungen freier Raum ist. Vielmehr haben alle Landeswassergesetze [3] eine besondere Genehmi-

1) Nach § 13 I Z.3 BadWürttWG ist hierin auch dann eine erlaubnis-oder bewilligungspflichtige Benutzung zu sehen, wenn die Maßnahme auf den Wasserabfluß oder den Zustand des Gewässers nicht einwirkt.
2) Vergl. Ausführungen S. 191 ff.
3) Vergl. §§ 76 BadWürttWG; 59 BayWG; 62 BerlWG, 77 BremWG; 19 HambWG;69 HessWG;72 NiedersWG;74 NRWWG; 8o RhPfWG; 71 SaarlWG; 63 SchleswHWG.

gungspflicht eingeführt für die Inanspruchnahme des das Gewässer unmittelbar umgebenden Raums- also Untergrund, Luftraum und Ufergrundstück- mittels besonderer Anlagen. Man wird diesen über den engen Funktionsbereich der öffentlichen Sache hinausgehenden Schutz als ein Charakteristikum des öffentlichen Sachenrechts bezeichnen können. [1)]

Somit ist die exakte örtliche Abgrenzung des Gewässers zwar nicht von so ausschlaggebender Bedeutung, da über das Gewässer hinaus gesetzlicher Schutz besteht. Verzichtet werden kann jedoch auf diese Abgrenzung nicht, denn nur soweit, wie sich das oberirdische Gewässer erstreckt, reicht die Strafsanktion der §§ 39 ff. WHG, der Schutz der erlaubten und insbesondere der bewilligten Benutzung usf.

V.Entstehen, Untergang und Änderung eines Gewässers

Zum Abschluß der Untersuchung des Gewässerbegriffs nach dem WHG und den Landeswassergesetzen soll noch kurz darauf eingegangen werden, untergehen und geändert werden kann. Dabei sind zwei grundsätzliche Möglichkeiten zu unterscheiden : Einmal kann dies durch Naturvorgänge oder menschliche Handlungen

1) Vergl. z.B.: § 9 FStrG, der die Errichtung oder wesentliche Änderung von Bauanlagen selbst in einem größeren Abstand von der Bundesfernstraße -also außerhalb des engeren Funktionsbereichs- von einer besonderen Genehmigung abhängig macht.

bewirkt werden, zum anderen kann es Ergebnis eines Hoheitsakts sein oder eines sonstigen Rechtsakts.

1. Durch Naturvorgänge oder menschliche Handlung

a) Entstehung und Untergang eines Gewässers

Keine Schwierigkeiten bietet der Fall, daß aufgrund eines Naturvorganges ein oberirdisches Gewässer entsteht oder untergeht. Als Beispiele für das Entstehen eines oberirdischen Gewässers mögen genannt sein, das Entspringen einer neuen Quelle, die Ansammlung von Wasser aus dem natürlichen Wasserhaushalt in einer Bodensenke -wichtigster Fall : verlassene Kiesgrube- und die Funktionsänderung einer bisher nicht zu den Gewässern zählenden Wasseransammlung. Letzteres ist gegeben, wenn ein bisheriger Wegeseitengraben infolge natürlicher oder künstlicher Veränderung zum Vorflutgragen wird und nicht unter die Ausnahmeregelung der §§ 1 der Landeswassergesetze fällt. Entsprechendes gilt für den Untergang eines oberirdischen Gewässers : Eine Quelle versiegt, oder ein Gewässer trocknet nicht nur vorübergehend aus, oder das Gewässerbett verschwindet.

Immer ist zu fordern, daß die neu entstandene Wasseransammlung den oben beschriebenen Gewässermerkmalen entspricht, bzw. die Veränderung den Verlust eines Gewässermerkmals und damit der Gewässereigenschaft bewirkt. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus der abstrakten gesetzlichen Widmung, also insbesondere aus § 1 WHG i. Verb. m.§§ 1 der Landeswassergesetze.

b) Eigenschaftsänderung

Der Naturvorgang oder die auf Funktionsänderung des Gewässers gerichtete natürliche, menschliche Handlung muß aber nicht immer zum Entstehen oder Untergang eines Gewässers führen. Häufiger wird der Fall sein, daß Rechtsfolge der Veränderung der äußeren Verhältnisse eine Änderung der Gewässerart -natürliches oder künstliches, fließendes oder stehendes Gewässer- oder des Gewässerumfanges sein wird.

aa) Verlust der Sonderstellung nach §§ 1 der Landeswassergesetze

Zunächst ist aber ein Sonderfall zu besprechen. Nach den §§ 1 der Landeswassergesetze, die in diesem Punkt im wesentlichen übereinstimmen, [1] sind Gräben, die der Vorflut der Grundstücke nur eines Eigentümers dienen, zwar oberirdische Gewässer, aber die wasserrechtlichen Vorschriften sind kraft ausdrücklicher, gesetzlicher Bestimmung nicht auf sie anwendbar - mit Ausnahme des § 22 WHG.

Wenn nun diesen Gräben Niederschlagswasser, Schmelzwasser usf. der Grundstücke eines anderen Eigentümers aufgrund natürlicher Veränderungen geregelt zufließt oder mittels künstlicher Anlagen zugeführt wird, dann sind Bestimmungen der Wassergesetze auch auf diese Gewässer anwendbar. Der gleiche Rechtserfolg tritt ein, wenn durch Abschreibung eines Teils des Grundstücks, auf dem sich der Graben befindet, ein neuer Grundstückseigentümer hinzutritt, oder Miteigentum oder Gesamthandseigentum bestellt wird. [2] Die in der

1 Vergl. Ausführungen S. 78 ff.

2) Ebenso Holtz-Kreutz- Schlegelberger § 1 Anm. 12.

Berechtigung mehrerer Grundstückseigentümer liegende Möglichkeit des wasserwirtschaftlichen Widerstreits erfordert nämlich eine öffentlich-rechtliche und nicht nur privatrechtliche Regelung. Es entsteht zwar kein neues Gewässer, jedoch wird wegen der veränderten wasserwirtschaftlichen Bedeutung die Sonderstellung dieser Gewässer hinfällig.

Gleiches gilt für die in den §§ 1 der Landeswassergesetzte genannten Teiche und sonstigen Wasseransammlungen, wenn der a.a. O. näher beschriebene Nutzungszweck aufgehoben oder wesentlich geändert wird, oder wenn die kontrollerleichternde künstliche Verbindung dieser Gewässer mit anderen oberirdischen Gewässern dergestalt aufgehoben wird, daß das Gewässer in einen engen, natürlichen Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt tritt.

Ist also beispielsweise ein Teich mit einem Fluß durch einen Überlaufkanal, der künstlich geschaffene Überlaufvorrichtungen enthält, verbunden und wird die Funktionsfähigkeit dieser künstlichen Vorrichtungen nicht nur vorübergehend durch Umstände irgend welcher Art -sei es menschliches Tun, Naturereignisse oder technischer Verfall der Anlagen- außer Kraft gesetzt, so befindet sich der Teich wiederum in einem natürlichen Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt. Quantitative oder qualitative Veränderungen des Wassers in dem Teich oder der Gewässerbestandteile des Teichs -Bett, Ufer, Gewässeruntergrund unf Luftraum oberhalb des Teiches- sowie wasserrechtlich erhebliche Einwirkungen auf den Teich können nun nicht mehr als wasserwirtschaftlich irrelevant angesehen werden. Die wasserwirtschaftliche Bedeutung dieses Teiches ist Folge seiner natürlichen Verbundenheit mit dem Wasserhaushalt.

Aus diesem Grunde wird seine wasserrechtliche Sonderstellung aufgehoben und sämtliche für die oberirdischen Gewässer geltenden Vorschriften -nicht nur § 22 WHG- sind auf ihn anwendbar.

Umgekehrt kann ein oberirdisches Gewässer durch entsprechende Veränderungen auch in einen Graben oder Teich i.S.d. §§ 1 der Landeswassergesetze umgewandelt werden.

bb) Änderung der Gewässerart

Die Umgestaltung eines oberirdischen Gewässers der Art, daß aus einem natürlichen ein künstliches, aus einem fließenden ein stehendes Gewässer wird und umgekehrt, wobei mehrere Änderungsarten gleichzeitig möglich sind -z.B. aus einem natürlichen, fließenden wird ein künstliches, stehendes Gewässer- ist nicht selten. Auch sie kann Folge der natürlichen Veränderung der äußeren Verhältnisse sein oder auf einem künstlichen Eingriff beruhen. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen : Ein der Vorflut der Grundstücke mehrerer Eigentümer dienender Graben -ein künstliches und i.d.R. fließendes Gewässer- kann zu einem natürlichen Gewässer werden, indem der Graben zum natürlichen Vorfluter eines größeren Einzugsgebietes wird, und das ursprünglich künstliche Bett sich durch Vergrößerung, Verlage-

gerung etc. wesentlich verändert. Es muß jedoch eine wesentliche Umgestaltung der Verhältnisse stattgefunden haben, [1] was sich am ehesten durch einen Vergleich der Funktionen des Gewässers und der Beschaffenheit des Gewässerbettes vor und nach der Umgestaltung ermitteln läßt.

Einfacher ist die Frage zu beantworten, ob aus einem fließenden Gewässer ein stehendes geworden ist, oder umgekehrt. Diese u.a. für den Gemeingebrauch bedeutsame Unterscheidung stellt darauf ab, ob ein ständiger, natürlicher, oberirdischer Abfluß vorliegt.Wird er durch Anlagen auf Dauer unterbrochen, oder kontrolliert, so wird aus dem fließenden ein stehendes Gewässer. Auf der anderen Seite wird aus einem stehenden nicht dadurch ein fließendes Gewässer, daß ein künstlicher Abfluß geschaffen wird. [2]

cc) Umfängliche Änderung des Gewässers

Schließlich besteht noch die Möglichkeit, daß als Folge der natürlichen Veränderung der Verhältnisse sich das Gewässer umfänglich ändert. Ein Absinken oder Steigen des Mittelwasserstandes bringt grundsätzlich auch eine Verkleinerung oder Ausdehnung der öffentlichen Sache oberirdisches Gewässer mit sich. Welche Bedeutung in diesem Fall die Festsetzung der Uferlinie hat. soll unten behandelt werden. Ist diese Veränderung allerdings nur vorübergehender Natur, wie etwa bei der Ausuferung eines Gewässers, dann ist das für die Erstreckung der öffentlichen Sache unerheblich. Wie eine Einwirkung auf das überschwemmte Grundstück und das über die Ufer getretene Wasser nutzungsrechtlich zu beurteilen ist, wird unten zu untersuchen sein.

1) Ebenso Burghartz § 2 Anm. 3.

2) Ebenso Feldt § 2 Anm. 2.

2. Durch Rechtsakt

a) Gewässerausbau

Maßnahmen, die keine Gewässerunterhaltung darstellen, aber zur Herstellung, Beseitigung oder wesentlichen Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Uferlinien führen, werden als Ausbau bezeichnet. Der Gewässerausbau bedarf nach § 31 WHG in Verbindung mit den ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften [1] der vorherigen Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens, oder unter bestimmten Voraussetzungen nur der Erteilung einer Genehmigung. Die oben beschriebenen natürlichen oder künstlichen Veränderungen sind kein Gewässerausbau, so daß beispielsweise für die Einleitung von Niederschlagswasser durch verschiedene Eigentümer in einen Graben nach §§ 1 der Landeswassergesetze, oder für die Zweckveränderung eines Teiches nach den §§ 1 der Landeswassergesetze kein Planfeststellungsverfahren durchgeführt oder eine Genehmigung erteilt werden muß.

Das oberirdische Gewässer aber entsteht, geht unter oder ändert sich nicht etwa durch Planfeststellung oder Genehmigung, sondern diese Rechtsfolge tritt eo ipso ein, wenn der neu geschaffene Zustand den jeweiligen Gewässermerkmalen entspricht bzw. nicht mehr entspricht. Die Planfeststellung und Genehmigung dienen vielmehr nur dem Zweck, durch rechtsgestaltenden Verwaltungsakt [2] öffentliche und private Rechte und Interessen zu wahren und auszugleichen.

1) Vergl. §§ 63 ff. BadWürttWG; 54 ff.BayWG;5o ff. BerlWG, 98 ff.BremWG;47 ff. HambWG; 57 ff.HessWG; 98 ff. NiedersWG; 63 NRWWG; 69 ff. RhPfWG; 6o ff. SaarlWG; 52 ff. SchleswHWG.

2) So Friesecke, Der Plan im neuen Wasserrecht, DVBl. 1961 S. 8o9; Ernst,Der Plan im Verwaltungsrecht,DVBl. 196o S. 344 und Blümel, Das Zusammentreffen von Planfeststellungen, DVBl. 196o, S. 697.

Wie sich der Ausbau von der Benutzung unterscheidet, wird mit Rücksicht auf § 3 WHG unten [1] behandelt werden.

b) Festsetzung der Uferlinie

Die Landeswassergesetze kennen jedoch die Möglichkeit der Gestaltung oberirdischer Gewässer durch Rechtsakt, und zwar durch die schon angesprochene Festsetzung der Uferlinie .[2] Sie ist ein die öffentliche Sache und bestimmte Rechtsverhältnisse gestaltender Verwaltungsakt, durch den für jedermann verbindlich die Grenze des Gewässers zum angrenzenden Grundstück bestimmt wird. An dem Verfahren sind die Betroffenen, das sind in erster Linie die Eigentümer und Nutzungsberechtigten und die betroffenen Inhaber von Bewilligungen, Erlaubnissen oder sonstigen Wassernutzungsrechten und -befugnissen, zu beteiligen. [3] Da die festgesetzte Uferlinie zwar in der Regel mit der Mittelwasserstandslinie identisch sein wird, dies jedoch nicht sein muß,[4] und auf der anderen Seite auch kein öffentliches Verfahren und eine Publizierung der Entscheidung vorgeschrieben ist [5] und üblicherweise auch nicht durchgeführt wird, könnte die Festsetzung der Uferlinie zu Rechtsunsicherheiten führen. Denn der Benutzer eines oberirdischen Gewässers, der an dem Festsetzungsverfahren nicht beteiligt war, wird wegen des dauernden Wechsels des Wasserstandes und in Grenzen auch des Gewässerbettes die nur gedachte Uferlinie -die Landeswassergesetze sehen a.a.O. aber auch die Möglichkeit der Markierung der festgesetzten Uferlinie vor -selbst nicht bestimmen

---

1) Siehe Ausführungen auf S. 155 ff.

2) Siehe Anm. 1 auf S. 98

3) Vergl. Burghartz § 7 Anm. 2; Feldt § 6 Anm. 3.

4) Burghartz a.a.O; Feldt a.a.O.

5) Burghartz a.a.O.; Feldt a.a.O., Anm. 3 und 1.

können. Tatsächlich besteht diese Gefahr allerdings nicht. Will nämlich jemand ein oberirdisches Gewässer im Rahmen des Gemeingebrauchs benutzen, so ist, wie sich bereits aus dem äußeren Erscheinungsbild der gesetzlich zulässigen Benutzungshandlungen ergibt, nur das Wasser Benutzungsgegenstand. Für die Relevanz einer solchen Gewässerbenutzung aber spielt der jeweilige Verlauf der Uferlinie keine Rolle : [1] Die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung ist erlaubnis- oder bewilligungspflichtig und läßt somit den Benutzer, da die Erlaubnis oder Bewilligung vor Ausübung der Benutzung beantragt oder erteilt sein muß, Zweifel über den Umfang des Gewässers nicht aufkommen.

c) Einbeziehung in eine gemeindliche Kanalisation

Abschließend soll noch kurz auf die Einbeziehung eines Gewässers in das gemeindliche Kanalisationssystem eingegangen werden, was nach der hier vertretenen Auffassung den Untergang der Gewässereigenschaft zur Folge hat.

Nach der heute herrschenden Meinung [2] reicht ein bloßer Funktionswandel des Gewässers durch Benutzung als Abwasserleiter nicht aus. [3] Dem muß grundsätzlich zugestimmt werden. Das OVG Münster a.a.O. hält vielmehr folgende Umstände für rechtserheblich: Die Gemeinde muß bauliche Einrichtungen ausführen oder zur Unterhaltung beitragen, sowie die Einbeziehung des Gewässers in das Kanalisationssystem planmäßig und unter

1) Siehe Ausführungen auf S. 168 ff.zum Benutzungsmerkmal "Einwirkungsrichtung. "

2) OVG Münster KStZ 1962 S.173; Abt.Gewässer und Gewässereinleitung ZfW 1964 S. 21o ff.

3) So aber im wesentlichen z.B.ProOVG 78,317;OVG Lüneburg, OVGE 8, 385;LVG Düsseldorf KStZ 196o,142.

Zustimmung der Eigentümer, der Nutzungsberechtigten und der zuständigen Wasserbehörde vornehmen. Abt a.a.O. läßt es dahingestellt bleiben, ob hier mit "planmäßig" das wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren gemeint ist. Anerkennt man jedoch die hier vorgeschlagene klare Trennung von Gewässer und Kanalisation -ein Gewässer kann nicht zugleich Kanalisationsbestandteil sein-, und berücksichtigt man die bei der Umwandlung eines Gewässers zur Kanalisation auftretenden, widerstreitenden Rechte und Interessen, [1] so kann nur eine Entwidmung des Gewässers durch ein förmliches, wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren rechtsstaatlicher Forderungen genügen; denn i.a.R. geht es um die Entziehung oder Ausgleichung absoluter oder subjektiver Rechte wie privates Eigentum, öffentlich-rechtliche Sondernutzungsrechte und öffentlich-rechtliche Sachzuständigkeit.

Neben der Festsetzung der Uferlinie durch Verwaltungsakt, die zu einer umfän glichen Begrenzung des Gewässers führt, kann daher auch durch ein wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren -Ausbauverfahren - also durch Rechtsakt ein Gewässer untergehen. Falls jedoch bereits durch menschliche Handlungen eine tatsächliche Veränderung der Art eintritt, daß ein konstitutives Gewässermerkmal untergeht, so ist damit auch das Gewässer im Rechtssinne untergegangen, da es nicht mehr der gesetzlichen Widmung unterfällt.

1) Vergl. die rubrizierende Zusammenstellung von Abt a.a.O. S. 216 f.

Teil III: Der Begriff der Gewässerbenutzung und die gesetzlichen Benutzungstatbestände als Ordnungsmittel

A. Die gesetzliche Regelung und ihre Auslegung in Rechtsprechung und Literatur

I. Die gesetzliche Regelung

1. Der gesetzestechnisch gewählte Weg

Die grundlegende Vorschrift ist § 3 WHG. Hinsichtlich einiger Sonderfälle enthält das WHG ins einzelne gehende Vorschriften. Die Landeswassergesetze ergänzen diese Regelungen teilweise. Im wesentlichen sind folgende drei gesetzestechnische Regelungsformen zu unterscheiden :

In der ersten Gruppe stellt das Gesetz seinem Wortlaut nach nur auf die Art der technischen Inanspruchnahme des Gewässers ab. Es sagt beispielsweise, daß Benutzungen im Sinne dieses Gesetzes sind: "Entnehmen" und "Ableiten" von Wasser aus oberirdischen Gewässern oder "Einbringen" oder "Einleiten" von Stoffen in oberirdische Gewässer.

Daneben werden bestimmte Benutzungen durch das äußere Erscheinungsbild der Handlung und den durch sie bewirkten oder möglichen Erfolg beschrieben. So liegt dem. § 3 I Nr. 3 WHG eine Benutzung nur vor, wenn das

Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern auch auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß einwirkt. Nach § 3 II Nr. 1 WHG genügt die Möglichkeit des Eintritts eines bestimmten Erfolges.

Und in der dritten Gruppe wird die Handlung nicht näher bezeichnet, sondern nur noch das potentielle Ergebnis einer wie auch immer gearteten Maßnahme als Qualifikationsmerkmal gewählt. Ob Wasser entnommen, abgeleitet, aufgestaut oder Stoffe eingebracht oder eingeleitet werden usf. ist gleichgültig, wenn eine Maßnahme gem. § 3 II Nr. 2 WHG "geeignet ist, " eine näher beschriebene Veränderung der Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen.

Daneben führen die §§ 13 I Nr. 1 und 2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 und 2 HessWG Tatbestände auf, für die ebenfalls die Vorschriften über die Gewässerbenutzung gelten sollen, die hinsichtlich ihrer Tatbestandsstruktur nicht in eine der drei genannten Regelungsformen eingeordnet werden können. Schon diese formale Verschiedenheit, insbesondere aber ihr spezifischer, materieller Gehalt wirft die Frage nach der Rechtsgültigkeit dieser Vorschriften auf. [1)]

Sievers [2)] ist daher grundsätzlich darin beizupflichten, daß das Gesetz nur auf ein Element der Benutzung abstellt. Zwar ist dies nicht immer nur die Handlungsart. In einigen Fällen ist auch der tatsächliche oder mögliche Erfolg allein oder zusammen mit einer bestimmten Handlungsart Relevanzfaktor; entscheidend ist jedoch, daß sich der Benutzungsbegriff in diesen Merkmalen offenbar nicht erschöpfen kann. Sonst wäre

1) Vergl. Abt. Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung, 123. Kolloquium vom 9.6.1967.

2) Siehe § 3 Anm. 1.

es nämlich beispielsweise unverständlich, warum in § 3 III WHG gesagt ist, daß Maßnahmen, die der Unterhaltung oder dem Ausbau eines oberirdischen Gewässers dienen, keine Benutzungen sind. Benutzung auf der einen und Unterhaltung und Ausbau eines oberirdischen Gewässers auf der anderen Seite müssen sich also durch etwas anderes als Handlungsart und-erfolg unterscheiden.

Es liegt auch nahe, Maß und Zweck einer Benutzung, die im konkreten Fall bestimmt sein müssen, da andernfalls eine Erlaubnis oder Bewilligung gem. §§ 7, 8 I WHG nicht erteilt werden kann, [1] schon als Bestandteil des Benutzungsbegriffs aufzufassen. Hierfür spricht, daß nach § 3 II Nr. 2 WHG der Handlungserfolg dauernd oder nicht nur unerheblich sein muß und diese Vorschrift ebenso wie § 3 I Nr. 2 WHG ganz bestimmte, nämlich wasserwirtschaftliche Wirkungen ansprechen.

Auch die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Benutzungshandlung und Benutzungserfolg, -im ehemaligen Geltungsbereich des PrWG u.a. unter dem Stichwort mittelbare Benutzung behandelt- und die subjektiven Voraussetzungen einer Benutzung müssen im Zusammenhang mit einer Darstellung aller objektiven und subjektiven Inhalte des Benutzungsbegriffs geklärt werden. Dabei wird sich erweisen, ob die gesetzliche Begriffsstruktur der tatsächlichen Verschiedenheit der Gewässerarten gerecht wird, oder ob nicht hier ein differenzierter Benutzungsbegriff an Stelle einer ausfüllenden Konkretisierung durch Sondernutzungsrechtserteilung bereits ein ausgleichendes Korrektiv ist.

Bevor jedoch mit der Untersuchung der ungeschriebenen Begriffsmerkmale begonnen wird, soll zunächst die gesetzliche Regelung und ihre Auslegung in Rechtsprechung und Literatur dargestellt werden.

- 114 -

1) Gieseke- Wiedemann § 8 Anm.3.;Sieder-Zeitler § 7 Anm. 2; Hundertmark,Die Rechtsstellung des Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht,S. 5o f.

2. Die Regelung des WHG

Nach § 2 I WHG bedarf die Benutzung eines Gewässers der Erlaubnis oder Bewilligung, falls nicht im Einzelfall ein besonderes Benutzungsrecht oder eine besondere Benutzungsbefugnis vorliegt. Diesen Verbotsraum hat das WHG in seinem § 3 durch eine Beschreibung der Maßnahmen, die eine Gewässerbenutzung darstellen, ausgefüllt. § 3 WHG hat folgenden Wortlaut :

(1) Benutzungen im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern,
2. Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern,
3. Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern, soweit dies auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß einwirkt,
4. Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer,

4a. Einbringen und Einleiten von Stoffen in Küstengewässer, wenn diese Stoffe
   a) vom Land aus oder aus Anlagen, die in Küstengewässern nicht nur vorübergehend errichtet oder festgemacht sind, eingebracht oder eingeleitet werden oder
   b) in Küstengewässer verbracht worden sind, um sich ihrer dort zu entledigen.

5. Einleiten von Stoffen in das Grundwasser,
6. Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser.

(2) Als Benutzungen gelten auch folgende Einwirkungen :

1. Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser durch Anlagen, die hierzu bestimmt oder hierfür geeignet sind,
2. Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß schädliche Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen.

(3) Maßnahmen, die der Unterhaltung oder dem Ausbau eines oberirdischen Gewässers dienen, sind keine Benutzungen.

Da nach § 3 II WHG die dort genannten Einwirkungen auch als Benutzungen "gelten", wird man mit der herrschenden Terminologie die unter § 3 I WHG genannten Benutzungen als echte und die unter § 3 II WHG genannten Einwirkungen als unechte Benutzungen bezeichnen können.

Aus der Formulierung,"Benutzungen im Sinne dieses Gesetzes" sind, kann zweierlei gefolgert werden : Einmal soll der Katalog der als Benutzungen bezeichneten (Abs. 1) oder ihnen gleichgestellten (Abs. 2) Maßnahmen für das WHG als Rahmengesetz abschließend sein. Zum anderen soll es den Landeswassergesetzen vorbehalten bleiben, weitere Benutzungstatbestände zu schaffen, also den Verbotsraum des § 2 WHG zu erweitern.

Die in diesem Zusammenhang interessierende Frage nach der Abgeschlossenheit des Benutzungskatalogs des § 3 WHG im Rahmen des WHG kann hier noch nicht endgültig beantwortet werden. Es soll lediglich erwähnt werden, daß als weitere Benutzungstatbestände möglicherweise das Lagern, Ablagern und Befördern von Stoffen in der von den §§ 26 II, 32 b, 34 II WHG beschriebenen Art in Betracht kommen.

3. Die Regelung der Landeswassergesetze

a) Inhaltsgleiche Wiederholung des bundesrechtlichen Benutzungskatalogs

Das Brem- und NiedersWG wiederholen jeweils in ihrem § 3 den Benutzungskatalog des § 3 WHG wörtlich. Hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Gesetzestechnik unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten gilt das oben zu der inhaltsgleichen Wiederholung des § 1 WHG in den beiden genannten Landeswassergesetzen gesagte entsprechend. [1] Auch hier wird man also davon auszugehen

1) Siehe oben S. 7o

haben, daß es sich lediglich um eine rechtlich zulässige, redaktionelle Besonderheit handelt, die der Geschlossenheit und Übersichtlichkeit des Landeswassergesetzes dienen soll und tatsächlich dient.

b) Ergänzung der bundesrechtlichen Regelung

Aus der rahmengesetzlichen Natur des § 3 WHG - und auch bereits aus der Formulierung der Vorschrift - ergibt sich die Zulässigkeit zumindest einer erweiternden Ergänzung der Benutzungstatbestände durch die Länder .[1] Von diesem Gesetzgebungsrecht haben jedoch nur das BadWürtt- und HessWG Gebrauch gemacht.

Nach § 13 I BadWürttWG gelten die Bestimmungen des WHG und des BadWürttWG über die Benutzung der Gewässer auch für die folgenden Maßnahmen :

1. Herstellen und Betreiben von Häfen und Umschlagsanlagen, Landestellen, Lade- und Löschplätzen und Werftanlagen sowie Anlegen von Stichkanälen,
2. Errichten und Betreiben von Fähren,
3. Entnehmen fester Stoffe aus öffentlichen Gewässern, auch soweit dies auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß nicht einwirkt,
4. Arbeiten, durch die Grundwasser nicht nur für kurze Zeit und in geringem Umfang freigelegt wird,
5. Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser und anderen Stoffen, welche die Eigenschaften von Wasser nachteilig verändern können, mit Ausnahme der landwirtschaftlichen Düngung im üblichen Umfang.

---

1) So amtliche Begründung.BT- Drucksache 2o72 S.22; Abt Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung, S.1.; Gieseke -Wiedemann § 3 Anm.2; Rehder § 72 Anm.1.; Feldt § 15 Anm.1.

§ 15 HessWG erweitert den Kreis der Gewässerbenutzungen um folgende Maßnahmen :

1. das Herstellen und Betreiben von Häfen, Landestellen Lade- und Löschplätzen und Werftanlagen sowie das Anlegen von Stichkanälen
2. das Errichten und Betrieben von Fähren.

Alle übrigen Landeswassergesetze haben auf eine inhaltsgleiche Wiederholung oder sachliche Ergänzung des § 3 WHG verzichtet, so daß in diesen Ländern auf § 3 WHG unmittelbar zurückgegriffen werden muß.

II. Auslegung der gesetzlichen Benutzungsregelung

Im Folgenden sollen die einzelnen Benutzungstatbestände in ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Literatur dargestellt werden. Da es bisher an einer tiefergehenden und erschöpfenden Analyse des Benutzungsbegriffs fehlt, rechtfertigt sich an dieser Stelle eine kritische Wiedergabe der verschiedenen Interpretationen der geschriebenen Merkmale des Benutzungsbegriffs. Erst in einem späteren Zusammenhang soll sodann auf die ungeschriebenen Merkmale dieses Rechtsbegriffs eingegangen werden.

1. Das Verbot des § 2 I WHG

Das Wassernutzungsrecht ist das Kernstück des neuen Wasserrechts. Zwei Vorschriften sind es, die diesem Teilgebiet des Wasserrechts Gestalt und den Wasserbehörden ein dynamisches Ordnungsinstrument geben. Zum

ersten die als "Grundsatz" überschriebene Vorschrift des § 2 I WHG und zum anderen der Benutzungskatalog des § 3 WHG.

Nach § 2 I WHG bedarf jede Benutzung der Gewässer der behördlichen Erlaubnis oder Bewilligung, soweit sich nicht aus den Bestimmungen des WHG oder den im Rahmen des WHG erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen etwas anderes ergibt. An dieser Regelung sind bemerkenswert die Art und die Spannweite des Benutzungsverbots.

Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. [1] Sein Zweck ist es, die Benutzung der Gewässer staatlicherseits zu überwachen. Das Verbot ist also tendenziell nicht auf Untersagung der Gewässerbenutzung sondern auf vorbeugende, gewährende Kontrolle gerichtet. [2] Das verwaltungstechnische Gegenstück zu diesem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Letzteres will bestimmte Handlungen wegen ihrer typischen Gemeinschädlichkeit grundsätzlich verbieten und nur für besonders gelagerte Ausnahmefälle sind Befreiungsmöglichkeiten vorgesehen. [3] Die Benutzung der Gewässer könnte zulässigerweise aber nicht repressiv mit Befreiungsvorbehalt verboten werden, denn als öffentliche Sachen sind die Gewässer von Natur aus dem Gebrauch durch jedermann zu dienen bestimmt, und das Angewiesensein der belebten Natur auf die Benutzung der Gewässer ist absolut. [4]

---

1) Gieseke- Wiedemann § 2 Anm.1

2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht,Bd.I,§ 7 IV 4 a; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.244 f.

3) So Huber, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.11.51, AöR 78, 113.

4) Siehe oben S. 11 ff.

Dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist die Prävention eigen,d.h.: bis zur Erteilung der erforderlichen Erlaubnis oder Bewilligung wirkt das Verbot als Benutzungssperre. [1] Grundsätzlich ist der Gesetzgeber nicht gehindert, bestimmte Handlungen einem präventiven Prüfungsverfahren zu unterstellen und ihre Zulässigkeit von einer behördlichen Erlaubnis abhängig zu machen. [2] Dieses Mittel muß dann jedoch den Grundsätzen rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, insbesondere dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen. [3]

Ob § 2 WHG diesen Anforderungen genügt, ist von Herbert Krüger, [4] der seine Kritik heute aber anscheinend nicht mehr aufrechterhält, [5] in Zweifel gezogen worden. Das WHG, so hat er ausgeführt, habe das Wassernutzungsrecht "grundstürzend" verändert, indem es die grundsätzlich erlaubte Benutzung mit Verbotsvorbehalt durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ersetzt habe. Diese konstruktiven Möglichkeiten der Regelung staatlicher Gewährung seien in ihren praktischen Auswirkungen höchst bedeutungsvoll und der Gesetzgeber müsse sich im Zweifel für die Repression und gegen die Prävention entscheiden. [6]

In tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht bedarf diese Kritik einer Korrektur. Zunächst hat Gieseke [7] überzeugend nachgewiesen, daß die neuen Wassergesetze keine "grundstürzende" Änderung des Wassernutzungsrechts

1) So Huber a.a.O. § 7 IV 4 a;Lerche,Übermaß und Verfassungsrecht, S. 185 ff.

2) BVerfG in NJW 1966 S. 1651 und 1958,S.1388;ebenso Lerche a.a.O.

3) Wie Anm. 2

4) Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung S. 11 ff, 27 ff, 181 f.

5) Vergl. Das neue Wasserrecht als Mittel zur Ordnung des Wasserhaushalts, Bericht über d.IWL- Tagung 1961 S. 28 ff.

6) Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung S.11 ff;derselbe,"Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV S.675.

7) Gieseke, Grundfragen der rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, DÖV 1958, S. 324 ff.

bewirkt haben. Auch die alten Landeswassergesetze kannten mannigfache Benutzungsbeschränkungen, allerdings im wesentlichen nur hinsichtlich der Oberflächengewässer. Außerdem hat der Gesetzgeber auch nach Ansicht von Krüger [1] die Möglichkeit, mit der Konstruktion des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt zu arbeiten, wenn es ihm darum geht, Gefahren präventiv durch Einbau von starken "Sicherheitskoeffizienten" zu bekämpfen. Die zu bekämpfenden Gefahren sind offenkundig. Die einzelnen Gewässer und der Wasserhaushalt insgesamt befinden sich heute infolge ständiger Überbeanspruchung insbesondere durch industrielle und kommunale Gewässerbenutzer in einem Zustand labiler Funktionstauglichkeit. [2] Einer weiteren Verschlechterung der Lage durchaus entgegenzuwirken, daß den Gewässerbenutzungen ein behördliches Kontrollverfahren vorgeschaltet wird, ist in dieser Situation angemessenes gesetzliches Mittel.

Neben der konstruktionellen Eigenart des Verbots des § 2 I WHG ist seine Spannweite bemerkenswert, Dieser Verbotsraum wird durch die Beschreibung der Benutzungstatbestände in den §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG ausgefüllt. [3]

2. Spezialität und Ausschließlichkeit der Benutzungstatbestände

Die Vorschriften der §§ 3 WHG, 13 I BadWürtt- und 15 I HessWG enthalten einen abschließenden Katalog von Benutzungstatbeständen.[4] Diese Spezialität der Gewässerbenutzung ist von novom in der Geschichte des

---

1) a.a.O. S. 675

2) Vergl. Samogyvar, Der Schutz der oberirdischen Gewässer vor Verunreinigungen, S. 3 ff.

3) Hinsichtlich der nicht durch § 2 WHG "verbotenen" Benutzungen vergl. oben S. 9

4) So Gieseke, Anm. zum Urteil des BVerwg vom 1o.12.65, ZfW 1966 S.1o3 f;Abt..Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung, 123. Kolloquium vom 9.6.67.

deutschen Wasserrechts. So enthielt das PrWG von 1913, das in wesentlichen Teilen Vorbild des WHG war, lediglich eine beispielhafte Aufzählung möglicher Gewässerbenutzungen. [1] In § 4o PrWG von 1913 hieß es demzufolge auch :

" Das dem Eigentümer als solchem zustehende Recht den Wasserlauf zu benutzen, unterliegt, unbeschadet der §§ 19 - 23, den in den §§ 41- 45 vorgesehenen Beschränkungen. Dies gilt insbesondere von dem Rechte :

1. Das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, namentlich auch es oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar abzuleiten;
2. Wasser oder andere flüssige Stoffe oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar einzuleiten;
3. den Wasserspiegel zu senken oder zu heben, namentlich durch Hemmung des Wasserablaufs eine dauernde Ansammlung von Wasser herbeizuführen. "

Andere Benutzungshandlungen waren in den §§ 19, 2o, 25 und 26 PrWG und die verleihungsfähigen Rechte [2] am Wasserlauf waren in § 46 PrWG aufgezählt. Das gleiche trifft für die anderen alten Landeswassergesetze zu, die ebenfalls keinen speziellen und abschließenden Benutzungskatalog kannten. [3]

1) Vergl. Holtz-Kreutz- Schlegelberger § 4o Vorbem. A.

2) Zur Rechtsnatur der Verleihung und ihren möglichen Inhalten vergl.Kaiser,Die Verleihung von Rechten am Wasserlauf, S.3 ff. , 18 ff;Holtz-Kreutz-Schlegelberger, § 81 Anm. 1.

3) Vergl.z.B. §§ 11 ff.BadWG von 1899,§§ 26 ff. BAY WG von 19o7;§§ 5o ff des BraunschwWG von 1876,§§ 14 ff.HessBachges.von 1887;§§ 12 ff. des MecklenburgWG von 1928;§§ 21 ff. des SächsWG von 19o9; §§ 13 ff. ThüringWG von 1932;§§ 16 ff. WürttWG von 19oo.

3. Die Benutzungstatbestände nach dem WHG

a) Die sogenannten echten Benutzungen des § 3 I WHG

aa) Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern

Diese Benutzungsarten beziehen sich nur auf oberirdische Gewässer und da speziell auf das in Betten befindliche oder außerhalb eines Bettes aus einer Quelle abfließende Wasser. [1] Als Wasser ist nur der übliche, also flüssige Aggretatzustand zu verstehen. Eis, Schlamm und Geröll sowie andere Gewässerbestandteile oder Stoffe fallen nicht hierunter. [2] Entnehmen von Wasser geschieht in der Form des Heraushebens, und zwar manuell oder maschinell. Die Mittel werden in der Regel Schöpfgeräte oder Pumpen sein. Im Gegensatz hierzu - wobei allerdings bemerkt werden muß, daß eine scharfe Grenze nicht gezogen werden kann- bedeutet Ableiten ein Herausdrängen oder Herausziehen des Wassers aus dem Bett [3] oder aus der Fließrichtung bei aus Quellen wild abfließendem Wasser. Daraus folgt, daß beim Ableiten das Wasser üblicherweise der Schwerkraft zufolge aus dem Bett in einen Kanal, ein Rohr usf. abfließt. Eine Möglichkeit des Ableitens besteht aus darin, das Wasser zu stauen, so daß es über den äußeren Bettrand tritt und in die gewünschte Richtung abfließt. [4]

---

1) Auch ein "Ableiten" des aus Quellen wild abfließenden Wassers ist möglich. Vergl.BayOBLG, BayVBl. 1961, 191; Gieseke- Wiedemann § 3 Anm. 4 und Sieder-Zeitler § 3 Anm. 12

2) Ebenso Gieseke- Wiedemann § 3 Anm.6;Sieder-Zeitler § 3 Anm.12;Sievers § 3 Anm.2 a.Hinsichtlich der entsprechenden Rechtslage unter dem PrWG vergl.LWA 3,1o4;4, 116 und Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 4o Anm. 5.

3) Zu der hier verwandten Terminologie s.Witzel § 1 A. 2

4) So auch Sieder- Zeitler § 1 Anm. 13.

bb) Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern

Das Merkmal Absenken ist auf Vorschlag der Wasserwirtschaftsverbände [1] in den Regierungsentwurf aus wasserwirtschaftlichen Gründen [2] übernommen worden.

Aufstauen und Absenken haben eine Hebung bzw. Senkung des Wasserspiegels zum Ergebnis. Erreicht wird dies meistens durch eine in das Gewässer eingebrachte bewegliche oder unbewegliche Vorrichtung, [3] die den Wasserabfluß und somit den Wasserpiegel künstlich ändert. Der gleiche Erfolg wird häufig durch Veränderungen auch am Gewässerbett, die, wenn es sich um Unterhaltungs- oder Ausbaumaßnahmen handelt, hier allerdings auszuscheiden haben, bewirkt werden. Da das Aufstauen eines Gewässers unterhalb des Staues ein Absenken zur Folge haben kann, so wie auch umgekehrt das Aufstauen Begleiterscheinung des Absenkens des Gewässers sein kann, taucht hier und bei vielen anderen Benutzungsarten ein unten näher zu formulierendes und zu behandelndes Konkurrenzproblem der verschiedenen Benutzungsarten auf. Die Landeswassergesetze haben gerade dieser Benutzungsart besondere Aufmerksamkeit geschenkt und das Staurecht eingehend geregelt. [4]

cc) Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern

Schon anläßlich der örtlichen Abgrenzung des Gewässers ist auf diese Benutzungsart kurz eingegangen [5]

---

1) Vergl. Kolb S. 58

2) Schriftlicher Bericht BT- Drucksache 35 36 S.9.

3) So Witzel § 3 Anm. 3.

4) Siehe S. 148 ff.

5) Siehe o.S. 94 ff.

worden. Unter den Begriff feste Stoffe fällt neben den im physikalischen Sinne festen Stoffen auch der Schlamm im Gewässer. [1] Auf die negarive Legaldefinition des § 26 I WHG, wonach schlammige Stoffe nicht zu den festen Stoffen rechnen, kann im Rahmen des § 3 I Nr. 3 WHG nicht Bezug genommen werden. Das ergibt sich aus der verschiedenen Zweckverfolgung der beiden Vorschriften : § 26 WHG will vermeiden, daß feste Stoffe mit dem Zweck sich ihrer zu entledigen, in ein Gewässer eingebracht werden. Die Gewässer sollen also nicht als Müllabladeplatz dienen. Unter dieses Verbot auch schlammige Stoffe zu stellen, verbietet einmal die nur schwer und niemals genau mögliche Abgrenzung der schlammigen von den flüssigen Stoffen und damit zusammenhängend die tatsächliche Situation bei fast jeder Abwassereinleitung. Das Abwasser ist regelmäßig gerade durch die Mitführung nicht unerheblicher Mengen Schwebestoffe gekennzeichnet. Auch wenn die mitgeführten Schwebestoffe mengenmäßig derart ins Gewicht fallen, daß das Abwasser Schlamm darstellt, muß der Vorfluter als Transportmittel und seine natürliche Reinigungs - und Diffusionskraft für die Abwassereinleitung grundsätzlich in Anspruch genommen werden können. Dies will § 26 I WHG mit seiner Definition der festen Stoffe gewährleisten. Einen ganz anderen Zweck aber verfolgt § 3 I Nr. 3 WHG. Der Zustand des Gewässers und der Wasserabfluß sollen nicht verändert werden. Durch die Entnahme von Schlamm aus dem Gewässerbett wird das aber typischerweise bewirkt.

Die in Betracht kommenden festen Stoffe sind insbesondere Kies, Steine, Sand (Geröll), die Wasserpflanzen und Eis. [2] Da nach dem Wortlaut des § 3 I Nr. 3 WHG.

1) Sievers § 3 Anm.2;ebenso Gieseke-Wiedemann § 3 Anm.6;Sieder-Zeitler § 3 Anm.15;Witzel § 3 Anm.4. A.A. Burghartz § 3 Anm.4;Kolb § 3 Anm.II; Rehder § 3 Anm.6.

2) Vergl. Anm. 1

die festen Stoffe "aus" dem Gewässer entnommen werden müssen, ist diese Benutzungsart nur hinsichtlich der in Betten stehenden oder fließenden Gewässer möglich.[1)]

dd) Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer

Eine Unterscheidung der Merkmale Einbringen und Einleiten ist zunächst nach der Beschaffenheit der einzubringenden oder einzuleitenden Stoffe möglich. Die herrschende und zutreffende Ansicht [2)] bezieht das Einbringen nur auf feste und das Einleiten nur auf schlammige, flüssige und gasförmige Stoffe und legt somit diese Begriffe in §§ 26 I, 34 I, 25, 38 I Nr. 1, 41 I Nr. 1, 3 I Nr. 4 WHG einheitlich aus. Der gegenteiligen Auffassung von Burghartz [3)] kann nicht gefolgt werden. [4)] Das entscheidende Argument wurde bereits oben [5)] angeführt : Wenn sich das Einbringen auch auf schlammige Stoffe beziehen würde, so könnte beispielsweise eine Zuführung schlammiger Abwässer in oberirdische Gewässer mit dem üblichen Zweck, sich ihrer zu entledigen, wegen § 26 I WHG nicht erlaubt oder bewilligt werden.

Daneben noch die Tätigkeitsmerkmale des Einbringens von denen des Einleitens abzugrenzen, ist weder exakt möglich noch erforderlich. Die Unterscheidung nur nach den dem oberirdischen Gewässer zugeführten Stoffen entspricht vielmehr dem Gesetz gewordenen Willen des Gesetzgebers. [6)]

---

1) Näheres Sieder-Zeitler a.a.O.

2) Vergl.Gieseke-Wiedemann § 3 Anm.4; Sieder-Zeitler § 3 Anm.17; Sievers § 3 Anm. 2 d;Kolb § 3 Anm.II; Witzel § 3 Anm.5 und Wernicke, Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern im Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 1963 S. 27o ff.

3) Burghartz § 3 WHG Anm. 4 und 6.

4) Vergl. d.überzeugende Argumentation v.Wernicke a.a.O. S. 271.

5) Siehe S. 123 f.

6) Wernicke a.a.O. S. 272.

Zutreffend führt Wernicke a.a.O. aus, daß sich der jeweilige Aggregatzustand eines Stoffes nach den Erkenntnissen der Physik und der Verkehrsauffassung, wie sie sich innerhalb der Wasserwirtschaft gebildet habe, zu beurteilen sei und letzterer, nämlich der Verkehrsauffassung, der Vorrang gebühre. Hiernach rechnen Schwebestoffe und andere etwa im eingeleiteten Abwasser mitgeführten Stoffe, die zwar fest sind, aber nur eine geringe Größe haben, zu den flüssigen Stoffen. Sie müssen als Bestandteile des Abwassers angesehen werden.

Streitig ist, ob die Errichtung von Anlagen in Gewässern den Tatbestand des Einbringens fester Stoffe in oberirdische Gewässer erfüllt. Erheblich ist diese Frage jedoch nur für die Benutzungsanlagen, da die übrigen Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern einem besonderen wasserrechtlichen Ordnungsrecht und nicht dem wasserrechtlichen Nutzungsrecht unterstellt sind. [1] Unter Benutzungsanlagen sind diejenigen Einrichtungen zu verstehen, die einer Gewässerbenutzung unmittelbar dienen, also etwa im Gewässer befindliche Einlaufwerke, Pumpen, Stauwerke usf. Gieseke- Wiedemann [2] sind der Ansicht, solche Anlagen seien von der Erlaubnispflicht der §§ 3 I Nr. 4, 2 WHG ausgenommen, da keine "Stoffe" sondern "Einrichtungen" in das Gewässer eingebracht würden. Dieser lediglich am äußeren Wortlaut orientierten Auslegung wird man jedoch nicht folgen können. [3] Ebensowenig vermag die Überlegung zu überzeugen, daß diese Anlagen selbst das Gewässer nicht in wasserwirtschaftlicher Hinsicht in Anspruch nehmen würden. Es ist zwar richtig, daß der Handlungszweck wie auch die Gewässerinanspruchnahme bei der Errichtung einer Benutzungsanlage ein anderer ist, als etwa bei der Einbringung von Holz oder Hanf zur Bearbeitung.

1) Vergl. Ausführungen S. 141 ff.
2) § 3 Anm.7; ebenso Rehder § 3 Anm.8.
3) Ebenso Sieder-Zeitler § 3 Anm.9;Witzel § 3 Anm.5; Kolb § 3 Anm.II; Sievers § 3 Anm.2 d;Kohlhaas, Das Strafrecht und die Gewässer,ZfW 1964 S. 61 f.

Das ist aber für die Auslegung des Tatbestandes "Einbringen" fester Stoffe in ein oberirdisches Gewässer" insofern unerheblich, als grundsätzlich jede Einrichtung im Gewässer, auch wenn sie das Gewässer nur als Baugrund benutzt, zumindest abstrakt wasserwirtschaftlich gefährlich ist, beispielsweise für den Wasserabfluß. Eine Freistellung von der Erlaubnis- oder Bewilligungspflicht ist daher mit dem umfassenden Schutzzweck der §§ 3, 2 WHG nicht vereinbar. Man wird andererseits die Benutzungsanlagen auch nicht den unten zu behandelnden genehmigungspflichtigen Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern zurechnen können, sondern muß sie als Bestandteil der erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Rechtseinheit "wasserwirtschaftliches Unternehmen" [1] ansehen.

Auf die gerade bei dieser Benutzungsart bedeutsame und streitige [2] Frage nach dem erforderlichen Grad der Verunreinigung und den subjektiven Benutzungselementen wird unten einzugehen sein.

ee) Einbringen und Einleiten von Stoffen in Küstengewässer

§ 3 I Nr. 4 a WHG ist durch das 3. ÄndG eingefügt worden und ist zusammen mit der Vorschrift des § 3 II Nr. 2 WHG, die auf alle drei Gewässerarten anwendbar ist, der einzige die Küstengewässer betreffende Benutzungstatbestand. Zum Schutz der Küstengewässer vor Verunreinigung soll dies nach Auffassung des Gesetzgebers [3], der beizupflichten ist, zur Zeit ausreichen. Eine "Fortschreibung " des Gesetzes insoweit, als sich neu Gefährdungen des auch von den Küstengewässern beeinflußten Wasserhaushalts zeigen sollten, wäre jederzeit möglich.

- 127 a -

1) Siehe Ausführungen S. 242 ff
2) OLG Hamm in ZfW 1963 S.316;Rohde,Vers.R .1962 S. 1o3 Witzel § 22 Anm.2.A.A. Gieseke,Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem deutschen Wasserrecht, ZfW 1962 S. 4 ff; Larenz,Die Schadenshaftung nach dem WHG im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe,Vers.R.1963,594
3) Vergl. BT- Drucksache V/16o1 S.4.

Das speziell die Küstengewässer betreffende Wassernutzungsrecht ist in den §§ 3 I Nr. 4 a;32 a und 32 b WHG geregelt. § 3 I Nr. 4 a WHG führt einen neuen Benutzungstatbestand ein; § 32 a WHG ermächtigt die Landeswassergesetzgeber, das Einbringen und Einleiten von Stoffen in Küstengewässer unter bestimmten Voraussetzungen von dem präventiven Verbot des § 2 WHG auszunehmen. § 32 b WHG behandelt das Lagern und Ablagern von Stoffen und das Befördern von Flüssigkeiten und Gasen in Rohrleiten und entspricht den §§ 26 II und 34 II WHG, die den gleichen Sachverhalt für das oberirdische Gewässer und Grundwasser regeln.

Da ausschließlich auf Küstengewässer lediglich der Benutzungstatbestand des § 3 I Nr. 4 a WHG anwendbar ist und dieser Tatbestand über eine Qulifikation der Vorschrift des § 3 I Nr. 4 WHG nicht hinausgeht, kann sich die Untersuchung, soweit die Benutzung der Küstengewässer in Rede steht, auf die nachstehende Interpretation des Gesetzeswortlauts beschränken. Soweit im Folgenden nicht ausdrücklich Gegenteiliges ausgeführt wird, sind die Erörterungen und Ergebnisse im Zusammenhang mit der Untersuchung der ungeschriebenen Merkmale des Benutzungsbegriffs der Tatbestände des § 3 I WHG auch auf die Nr. 4 a anzuwenden. Entsprechendes gilt für die Vorschrift des § 32 b WHG im Verhältnis zu den §§ 26 II, 34 II WHG.

Die Begriffe Einbringen und Einleiten von Stoffen wurden bereits erläutert. Hierauf kann Bezug genommen werden.

Der Grundtatbestand des Einbringens oder Einleitens von Stoffen wird gegenüber der die oberirdischen Gewässer betreffenden Vorschrift des § 3 I Nr. 4 WHG alternativ qualifiziert. Die Alternative § 3 Nr.4a) WHG stellt auf eine besondere

Art des Einbringens ab, während § 3 Nr. 4 a)b) WHG ausschließlich den Entledigungszweck des Einbringens oder Einleitens für die Qualifikation der Handlung als Gewässerbenutzung entscheidend sein läßt. Neben diesen alternativen Tatbestandsqualifikationen, die eine erhebliche sachliche Einschränkung des präventiv verbotenen Benutzungsraums gem. §2 WHG herbeiführen, sind die Landeswassergesetzgeber darüberhinaus in § 32 a WHG ermächtigt worden, bestimmte Benutzungshandlungen des § 3 I Nr. 4 a . WHG, die typischerweise eine meßbare, ins Gewicht fallende Verunreinigung der Küstengewässer nicht besorgen lassen, von dem präventiven Benutzungsverbot des § 2 WHG auszunehmen.

Die Systematik dieser Regelung zeigt, daß der Bundesgesetzgeber seinem gestellten Auftrag, die Ordnung des wasserwirtschaftlich relevanten Wasserhaushalts aufzustellen [1], auch bei teilweiser, nämlich auf das notwendige Maß begrenzter Ausdehnung des Wassernutzungsrechts auf die Küstengewässer treu geblieben ist.

Der Tatbestand des § 3 I Nr. 4 a) b) erfordert, daß Stoffe vom Land aus oder aus Anlagen, die in Küstengewässern nicht nur vorübergehend errichtet oder festgemacht sind, eingebracht oder eingeleitet werden.

Land im Sinne dieser Regelung ist das Festland bis zur Küstenlinie [2] i.S.d.§ 1 I, Nr. 1 a WHG einschließlich der Inseln. Ob diese Benutzungshandlung auch mittelbar begangen werden kann, [3] beispielsweise durch Lagern von Stoffen landwärts der Küstenlinie, die sodann bei Überschreiten der Küstenlinie durch das Küstengewässer eingeschwemmt werden, soll an anderer Stelle in einer grundsätzlichen Erörterung

- 127 c -

1) Siehe Ausführungen S. 3o ff

2) Vergl. Ausführungen S. 3o

3) So Sieder-Zeitler, § 3 Anm. 18 c, ohne überzeugende Begründung. Verneinend Rheder, § 3 Anm.8 und Gieseke- Wiedemann § 3 Anm. 7 d.

des Problems der mittelbaren Benutzung untersucht werden.

Erfolgt das Einbringen oder Einleiten von Stoffen aus Anlagen, die sich in dem Küstengewässer befinden, so liegt eine Benutzung nur vor, wenn diese Anlagen nicht nur vorübergehend errichtet oder festgemacht sind. Eine Anlage ist errichtet worden, wenn sie mit dem Meeresboden fest verbunden ist und auf ihm ruht, auch wenn letzteres nur durch das Eigengewicht der Anlage verursacht wird. [1] Im Gegensatz dazu steht die Befestigung einer Anlage im Küstengewässer, die regelmäßig durch Verankerung geschieht.

Die zur Schiffahrt bestimmten Schiffe werden als "Benutzungsanlagen" i.S.d.§ 3 I Nr. 4 a)a) WHG dadurch ausgeschieden, daß die Anlagen nicht nur vorübergehend festgemacht sein dürfen. Ein ankerndes Schiff ist jedoch nur vorübergehend festgemacht, es sei denn es dient als Wohn- oder Restaurationsschiff an ständig demselben Ort liegend, wie dies beispielsweise bei sog. Feuerschiffen und Bohrinseln der Fall ist.

§ 3 I Nr. 4 a)a) WHG ist gegenüber dem vorstehend behandelten Benutzungstatbestand insoweit sachlich weitergehend, als nicht die Einwirkungsrichtung "vom Land aus" oder eine besondere Benutzungsanlage gefordert wird, die Stoffe vielmehr auch von See aus oder aus der Luft durch Flugzeuge und innerhalb des Küstengewässers auch durch Schiffe mit der Rechtsfolge des Vorliegens einer Benutzung eingebracht oder eingeleitet werden können. Eine sachliche Einengung dieses Benutzungstatbestandes gegenüber § 3 I Nr. 4 a)a) WHG ist jedoch darin zu sehen, daß die Stoffe in das Küstengewässer verbracht werden müssen, um sich ihrer dort zu entledigen.

- 127 d -

---

1) So Sieder-Zeitler a.a.O.

Dieser Entledigungszweck wird in aller Regel auch bei einer Benutzungshandlung nach § 3 I Nr. 4 a)a) WHG vorliegen, dort jedoch nicht gefordert ist. Die Entledigung der Stoffe muß nicht alleiniger Handlungszweck sein, es reicht vielmehr aus, wenn dies der Hauptzweck ist und sonstige, von dem jeweils Handelnden angestrebte Erfolge bei Würdigung aller Umstände nur von untergeordneter Bedeutung sind. [1)]

Soweit die eingebrachten oder eingeleiteten Stoffe jedoch aus dem Küstengewässer selbst entnommen worden sind-z.B. Fische, die im Küstengewässer gefangen worden sind, Bodenproben anläßlich der Untersuchung des Meeresbodens- können sie nicht Mittel oder Objekt der Benutzungshandlung nach § 3 I Nr. 4 a)b) WHG sein, da sie nicht in das Küstengewässer verbracht worden sind.

ff) Einleiten von Stoffen in das Grundwasser

Das Einleiten bezieht sich, wie ausgeführt wurde auf schlammige, flüssige und gasförmige Stoffe. Diese von der herschenden Meinung [2)] vertretene Ansicht wird auch durch die Entstehungsgeschichte des WHG gestützt. [3)] Der besonderen Bedeutung des Grundwassers als Trinkwasserreservoir angemessen ist die Vorschrift des § 34 I WHG, die die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung zur Einleitung von Stoffen in das Grundwasser ausschließt, wenn durch sie eine schädliche Verunreinigung oder eine sonstige nachteilige

1) Ebenso Sieder-Zeitler 197o § 3 Anm. 18 d
2) Vergl. Anm. 2 auf S. 125
3) Der 2. Sonderausschuß hatte in seinem schriftlichen Bericht BT -Drucks.35 36 S.9 ausgeführt:"Dabei bezieht sich nach dem Sprachgebrauch des Entwurfs das Einbringen auf feste, das Einleiten auf flüssige und schlammige Stoffe." Dem ist in der amtlichen Begründung BT- Drucks.2o72 S.22, in der es heißt: "Der Begriff "Einbringen"bezieht sich auf feste und der Begriff "Einleiten" auf flüssige oder gasförmige Stoffe nicht widersprochen worden. Auf Vorschlag des 2. Sonderausschusses (schr.Ber.a.a.O.) wurden die Worte "Einbringen und" in § 3 I Nr. 5 d.Reg.Vorlage gestrichen.

Veränderung der Eigenschaften des Grundwassers zu besorgen ist. Erst durch diesen den § 3 I Nr. 5 WHG ergänzende Regelung könnte der hier vorliegende Benutzungsbegriff möglicherweise eine konkrete Deutung erfahren.

gg) Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser

Grundwasser wird entnommen, wenn es ohne besondere Erschließung z.B. mittels Handschöpfgeräten oder auch maschineller Vorrichtungen aus seinem Zusammenhang mit dem regionalen Grundwasservorkommen gelöst wird. [1] Das ist dort der Fall, wo aus einem Brunnen oder einer Kiesgrube, in der sich vorübergehend freigelegtes Grundwasser befindet, Wasser geschöpft wird.

Im Gegensatz hierzu beinhaltet das Merkmal Zutagefördern die Erschließung des Grundwassers durch besondere Erschließungs- und Förderanlagen. [2] Meistens wird es sich dabei um Pumpvorrichtungen handeln. Es kommt aber auch jede andere mechanische Grundwasserförderung in Betracht.

Keine besonderen Erschließungs- und Förderungsanlagen sind bei Zutageleiten von Grundwasser erforderlich. Das Grundwasser tritt vielmehr aus eigener Kraft zutage, wie bei einem artesischen Brunnen oder dem

1) So Sieder- Zeitler § 3 Anm.21; Burghartz § 3 Anm. 7; Witzel § 3 Anm.7.

2) Vergl. Anm. 1

Austritt des Grundwassers aus einem Stollen oder die Ansammlung in einer Kiesgrube .[1)]

Um jedoch eine klare Trennung der Grundwasserbenutzung durch "Zutageleiten" von der Benutzung eines oberirdischen Gewässers zu erhalten, ist zu fordern, daß das Grundwasser zwar nicht erschlossen und zutagegepumpt wird, jedoch eine das natürliche Zutagetreten des Grundwassers wesentlich fördernde oder verändernde Handlung stattfindet. Das typische Beispiel hierfür ist der Bau eines Brunnens, in dem sich Grundwasser ansammelt.

Ableiten ist unterirdisches, nicht oberirdisches Wegleiten des Grundwassers. Dabei muß das Grundwasser, wie Sieder- Zeitler a.a.O. zutreffend feststellen, aus seinem natürlichen Zusammenhang gelöst werden, da es sich andernfalls um ein Umleiten nach § 3 II Nr. 1 WHG handelt.[2)]

b) Die sogenannten unechten Benutzungen des § 3 II WHG

Der zweite Absatz des § 3 WHG stellt bestimmte Einwirkungen auf ein Gewässer den Benutzungen gleich. § 3 II Nr. 1 WHG betrifft Einwirkungen auf das Grundwasser, § 3 II Nr. 2 WHG gilt für alle oberirdischen Gewässer. Allein von den äußeren Tätigkeitsmerkmalen lassen sich die Einwirkungen nicht von den Benutzungen des § 3 I WHG abgrenzen. Wie bei den Benutzungen kann auch bei den Einwirkungen unmittelbar auf ein Gewässer eingewirkt werden. Für den Tatbestand des § 3 II Nr. 1 WHG

---

1) Vergl. Ausführungen S. 55 ff.

2) So Sieder- Zeitler § 3 Anm. 24.

trifft das sogar regelmäßig zu. Der Unterschied der beiden gleichgestellten Benutzungsarten des § 3 I und § 3 II WHG muß vielmehr in den unten zu behandelnden verschiedenen Handlungszwecken mit ihren objektiven und subjektiven Besonderheiten gesehen werden.

aa) Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser

Die Tatbestandsmerkmale Aufstauen und Absenken haben hier die gleiche Bedeutung wie bei § 3 I Nr. 2 WHG, nur daß sie sich auf das Grundwasser beziehen. Als Mittel, durch die der Grundwasserbestand gehoben oder gesenkt wird, kommen nur Anlagen [1] in Betracht, die zum Aufstauen oder Absenken bestimmt oder geeignet sind. Darunter fallen z.B. die Maßnahmen, daß durch Einbringen fester Stoffe wie Betoninjektionen oder überhaupt große Bauwerke dieser Erfolg- Senkung oder Hebung des Grundwasserspiegels- herbeigeführt werden soll oder herbeigeführt werden kann. An dieser Stelle sollen jedoch nur die äußeren Tätigkeitsformen untersucht werden, so daß eine Auslegung der Begriffe "bestimmt" und "geeignet sind" einem späteren Kapitel vorbehalten bleiben kann.

In der Abgrenzung zum Ableiten wurde das Tatbestandsmerkmal Umleiten negativ bereits dahin beschrieben, daß durch hierfür bestimmte oder geeignete Anlagen das Grundwasser nicht aus dem geschlossenen Vorkommen gelöst wird, sondern lediglich das Grundwasserbecken oder der Grundwasserstrom verändert wird. Häufig wird diese Maßnahme der Umleitung des Grundwassers mit einer Veränderung des Grundwasserspiegels einhergehen.

1) Zum Begriff "Anlage " siehe Ausführungen S. 173 f.

bb) Die Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG

Auf Vorschlag des 2. Sonderausschusses [1] wurde diese Vorschrift in Abänderung der Regierungsvorlage auch auf die oberirdischen Gewässer erstreckt, da man zu Recht der Ansicht war, eine nachteilige Beeinflussung oberirdischer Gewässer könne beispielsweise auch durch eine Verschiffung radioaktiver Stoffe, die noch nicht von § 3 I Nr. 4 WHG erfaßt sei, herbeigeführt werden.

Im Gegensatz zu den übrigen Tatbeständen des § 3 I und II WHG wird in Nr. 2 die Handlung als solche nicht näher beschrieben. Es ist vielmehr der umfassende Begriff Maßnahmen gewählt worden. Diese Maßnahmen werden sodann hinsichtlich ihrer Eignung, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, spezifiziert. Und zwar handelt es sich bei diesem Erfolg um eine dauernde oder nicht unerhebliche "schädliche Veränderung der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers. "

Neben der Beantwortung der Frage, ob die schädliche Beschaffenheitsveränderung des Wassers auch bei anderen Benutzungsarten eine Rolle spielt, wird auch der Kreis der in Betracht kommenden Maßnahmen abzustekken sein. So ist, um das Problem nur aufzuzeigen, beispielsweise Sievers [2] der Ansicht, daß der Benutzer der gemeindlichen Kanalisation, wenn er den Vorfluter nicht schon durch Einbringen oder Einleiten von Stoffen benutze, unter gewissen Voraussetzungen doch eine erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Benutzung nach § 3 II Nr. 2 WHG ausüben könne.

1) Schriftlicher Bericht BT- Drucksache 35 36 S.9.
2) § 3 Anm. 7 und § 22 Anm. 1.

c) Nicht in § 3 WHG enthaltene Benutzungstatbestände

Die meisten Vorschriften des WHG betreffen zumindest mittelbar das Wassernutzungsrecht, denn letztlich dient ja das gesamte Wasserrecht -jedenfalls soweit es öffentlich-rechtlicher Natur ist- der Erhaltung der Benutzbarkeit der Gewässer für menschliche und landeskulturelle Zwecke und der geordneten Verteilung des Wassers. Hier interessieren jedoch entsprechend dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung nur diejenigen Regelungen des WHG, die als Ergänzung oder Änderung der Benutzungstatbestände des § 3 WHG in Betracht kommen.

Zu denken ist an die Vorschriften über das Lagern und Befördern von Stoffen. Zu der Lagerung und Ablagerung von Stoffen an oberirdischen Gewässern gem. § 26 II Satz 1 WHG oder nicht "an" oberirdischen Gewässern gem. 34 II Satz 1 WHG und der Beförderung von Flüssigkeiten und Gasen durch Rohrleitungen an oberirdischen Gewässern oder nicht "an" oberirdischen Gewässern bestimmen die §§ 26 II und 34 II WHG, daß durch sie eine Verunreinigung oder eine sonstige nachteilige Eigenschaftsveränderung des Wassers des oberirdischen Gewässers und des Grundwassers nicht zu besorgen sein darf, und bei den oberirdischen Gewässern auch nicht durch diese Maßnahmen die Gefahr einer nachteiligen Veränderung des Wasserabflusses begründet werden darf.

Die Begriffe Lagern und Ablagern brauchen nicht gegeneinander abgegrenzt werden, da die gesetzlichen Rechtsfolgen dieser Handlungen nach den §§ 26 II, 34 II WHG die gleichen sind. Lagern bezeichnet eine nicht nur vorübergehende, sondern auf eine längere Zeit berechnete Vorratsbildung. [1] Aushub an Baustellen ist

1) So Burghartz § 26 Anm.3; Rehder § 78 Anm. 4.

daher keine Lagerhaltung. Das Ablagern umfaßt darüber hinaus noch die Absicht des Handelnden, sich der abgelagerten Stoffe zu entledigen. [1] Zutreffend weist Wernicke [2] darauf hin, daß die zur Ausfüllung der Begriffe Lagern und Ablagern erforderliche Konzentration der Stoffe nach Menge, Fläche und Raum keine absolute Größe ist, sondern von der Verkehrsüblichkeit bestimmt wird. [3]

Es kann jedenfalls die Möglichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden, diese Handlungen als Maßnahmen i.S.d.§ 3 II Nr. 2 WHG anzusehen und somit in den §§ 26 II und 34 II WHG eine verdeutlichende Ergänzung des Benutzungstatbestandes zu erblicken. [4] Auch diese Frage soll anläßlich der Erörterungen über die Eingriffsart der Benutzungshandlungen des § 3 II Nr. 2 WHG behandelt werden. Gleiches gilt für das Befördern von Flüssigkeiten und Gasen in Rohrleitungen.

4. Die Benutzungstatbestände nach den Landeswassergesetzen

a) Die Sonderregelung der §§ 13 BadWürtt- und 15 HessWG

Die §§ 13 BadWürtt-und 15 HessWG führen zumindest ihrem Wortlaut nach neue Benutzungstatbestände ein. Inwieweit sie schon in § 3 WHG -und hier insbesondere in § 3 II Nr. 2 WHG- mitenthalten sind, wird

1) So OLG Hamm in ZfW 1963 S. 316.

2) Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 1963 S. 278 f.

3) Vergl. die von Wernicke a.a.O.angeführten Beispiele.

4) Zumindest im Ergebnis wird diese Ansicht vertreten von Burghartz § 3 Anm. 8b u.§ 26 Anm.1; s.auch Hofmann, 78. Kolloquium , in GWF 1962 S. 3o4 ff.

unten zu klären sein.

Die Ausdrucksweise der genannten Vorschriften ist vergleichbar der des § 3 II WHG. Auch hier heißt es nicht, daß die aufgeführten Tatbestände Benutzungen darstellen, sondern die Bestimmungen des WHG und des Landeswassergesetzes über die Benutzungen der Gewässer werden für anwendbar erklärt.

Im einzelnen handelt es sich um folgende Sonderregelung : § 13 I Z. 1 BadWürtt- und § 15 I Z. 1 HessWG behandeln als Benutzungen das Herstellen und Betreiben von Häfen, Landestellen, Lade- und Löschplätzen und Werftanlagen, sowie das Anlegen von Stichkanälen. Daneben nennt das BadWürttWG a.a.O. auch noch das Herstellen und Betreiben von Umschlaganlagen.

Häfen sind Anlagen innerhalb oder außerhalb eines Gewässers, die durch Uferbefestigungen verschiedenster Art Schiffen Schutz vor Wetter, Hochwasser und Eisgang bieten und dem Laden und Löschen von Gütern oder dem Personenverkehr dienen. [1)]

Landestellen sind im Gewässer oder an seinen Ufern befindliche Anlagen zum Anlegen und Befestigen der Schiffe. [2)] Mit Feldt ist davon auszugehen, daß sowohl nach § 13 BadWürttWG als auch nach § 15 HessWG nur Landestellen für den Güter- und Personenverkehr größeren Ausmaßes, nicht aber Bootsanlagestellen für Sport- oder Touristikzwecke gemeint sind. [3)] Diese einschränkende Auslegung ist aus dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber an dieser Stelle nur größere Anlagen wie Häfen, Lade- und Löschplätze und Werften aufgeführt hat und damit zum Ausdruck bringen

1) So Pr.OVG 94, 159.

2) So Feldt § 15 Anm.2; Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 141 Anm. 4

3) Ebenso VG Freiburg in Wüsthoff R. 1o33.

wollte, daß das Herstellen und Betreiben von Einrichtungen dieser Art und arttypischer Größe wasserwirtschaftlich so bedeutsam ist, daß das ansonsten erforderliche wasserrechtliche Anlagegenehmigungsverfahren eine angemessene Berücksichtigung nutzungsrechtlicher Gesichtspunkte nicht gewährleisten kann.

Unter Lade- und Löschplätzen sind i.D.R. in den Ufern, u.U. aber auch im Gewässer befindliche Plätze zum Ent- und Beladen der Schiffe zu verstehen. Sie werden meistens zugleich Landestellen sein und mit diesen eine einheitliche Anlage bilden.

Durch die Erwähnung auch der Umschlaganlagen durch das BadWürttWG ergibt sich gegenüber § 15 HessWG keine sachliche Besonderheit. Zwar sind unter Umschlaganlagen i.e.S. Kräne, Fließbänder, Lagerhallen und ähnliche Einrichtungen zu verstehen. Man wird aber auf der einen Seite auch die Lade- und Löschplätze zwanglos als Umschlaganlagen qualifizieren können, und andererseits wird ein Lade- und Löschplatz regelmäßig zugleich mit besonderen Umschlaganlagen ausgestattet sein.

Werftanlagen sind Gewerbebetriebe, die der Herstellung oder Ausbesserung von Schiffen oder Schiffszubehör dienen.

Stichkanäle verbinden zwei Gewässer miteinander. Das Herstellen -ein Betreiben ist begrifflich nicht möglich- eines Stichkanals ist also nach §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG nicht nur als Gewässerausbau zu behandeln, sondern es ist auch eine Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich. Im Ergebnis ist die Rechtslage nach dem WHG aber nicht anders. Die wasserwirtschaftlich entscheidende Maßnahme bei der Herstellung eines Stichkanals ist nämlich die Ableitung von Wasser aus den zu verbindenden Gewässern zur Speisung

des Stichkanals .[1] Diese mit der Herstellung eines Stichkanals verbundene Gewässerbenutzung ist, auch wenn ein Ausbauverfahren durchgeführt wird, in jedem Fall gesondert als erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Gewässerbenutzung zu behandeln.[2]

In §§ 13 I Nr. 2 BadWürtt-und 15 I Nr. 2 HessWG wird sodann noch das Errichten und Betreiben von Fähren den Benutzungen gleichgestellt. Fähren sind maschinell oder manuell angetriebene Wasserfahrzeuge, die der geschäftsmäßigen[3] Beförderung von Menschen und Gütern von Ufer zu Ufer dienen.[4]

Gemeinsam ist allen diesen Tatbeständen, daß es sich um ein Herstellen oder Betreiben bestimmter Anlagen und bei Fähren um ein Errichten oder Betreiben handelt. Je nach der Art und Beschaffenheit der Anlage liegt eine unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf ein Gewässer vor, oder aber die Maßnahme stellt sich lediglich als eine Art Vorbereitungshandlung für die echten Benutzungen i.S. d.§ 3 I WHG dar. Im einzelnen wird die Einwirkungsart und -schwere der einzelnen Benutzungen oder Quasibenutzungen in einem allgemeineren Zusammenhang unten[5] untersucht werden. Erst dann kann

1) So ZAgr. 21 S. 126.

2) So Burghartz § 3 Anm.9; A.A. Sieder-Zeitler § 3 Anm. 1o.Im einzelnen siehe unten S. 155 ff.

3) Der Ansicht von Feldt a.a.O., es müsse sich um eine "entgeltliche Überfahrt" handeln, kann nicht gefolgt werden. Für den von wasserwirtschaftlichen und nicht gewerblichen Gesichtspunkten ausgehenden Wassergesetzgeber ist maßgeblich, daß die Inanspruchnahme des Gewässers nicht nur einmalig oder vorübergehend ist. Diese ratio legis läßt sich am besten mit dem Merkmal "geschäftsmäßig" umschreiben.

4) Das Errichten oder Betreiben von Häfen sowie die Verwirklichung anderer in §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürttWG und 15 I Nr. 1,2 HessWG genannten Tatbestände ist nach §§ 32 RhPfWG. 3o SaarlWG und 34 SchleswHWG genehmigungspflichtig. Hinsichtlich der Rechtslage in den anderen Ländern siehe die Ausführungen über "Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern. "

5) Siehe S. 191 ff.

auch der praktisch sehr bedeutsamen Frage nachgegangen werden, ob die Vorschriften der §§ 13 I Nr.1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG nicht deshalb nichtig sind,weil sie möglicherweise außerhalb des vom WHG abgegrenzten Regelungsraumes liegen. [1)]

Daneben enthält § 13 BadWürttWG noch weitere als Benutzungen behandelte Tatbestände. Nr. 3 der genannten Vorschrift ändert für Baden- Württemberg die echte Benutzung des § 3 I Nr. 3 WHG dahin ab, daß das Entnehmen fester Stoffe aus öffentlichen oberirdischen Gewässern auch dann erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist, wenn es nicht auf den Zustand des Gewässers oder den Wasserabfluß einwirkt. Diese Erweiterung des Raumes der Benutzungsvorkontrolle ist praktisch äußerst bedeutsam, denn sie nimmt den Gewässereigentümern die Möglichkeit, unabhängig von einem langwierigen Verfahren eine im konkreten Fall wasserwirtschaftlich unerhebliche Eigentumsnutzung z.B. durch Entnehmen von Wasserpflanzen auszuüben. Auch diese Regelung erscheint unter dem Gesichtspunkt der Überschreitung des Gesetz - gebungsrechts verfassungsrechtlich bedenklich. Im einzelnen wird dies unten [3)] zu behandeln sein.

§ 13 I Nr. 4 und 5 BadWürttWG enthält noch besondere Grundwasserbenutzungstatbestände. Nach Nr. 4 der Vorschrift sind Arbeiten, durch die Grundwasser nicht nur für kurze Zeit und in geringem Umfang freigelegt wird, erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Benutzungen. Anknüpfungspunkt für diese Regelung ist § 35 I WHG, [2)] wonach die Länder bestimmen können, daß Arbeiten

1) So Abt. Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung, 123. Kolloquium vom 9.6.1967.
2) So Begründung zum BadWürttWG, LT- Drucksache 292o, S. 4913.
3) Siehe S. 246 ff.

die über eine bestimmte Tiefe hinaus in den Boden eindringen, zu überwachen sind. [1] Die Anzeige solcher Arbeiten ist nach baden- württembergischem Wasserrecht gemäß §§ 13 I Nr. 4, 37 II dann nicht ausreichend, wenn die Arbeiten im konkreten Fall zu einer nicht nur vorübergehenden und unerheblichen Freilegung von Grundwasser führen. Da die unvorhergesehene Grundwassererschließung in § 37 IV BadWürttWG besonders geregelt ist, darf die Freilegung des Grundwassers im Rahmen des § 13 I Nr. 4 BadWürttWG nicht unvorhergesehen sein. [2]

§ 13 I Nr. 4 BadWürttWG ist eine Erweiterung des § 3 I Nr. 6 WHG. Es liegt daher nahe, die Arbeiten, die zu einer ...Freilegung des Grundwassers führen, von dem Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser abzugrenzen."Arbeiten" ist der Oberbegriff dieser Handlungen. Auch nach seiner Spezifizierung durch einen bestimmten Erfolg umfaßt der Tatbestand "Arbeiten die ...."mehr als die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild bestimmten Handlungen "Zutagefördern", "Zutageleiten" und "Ableiten" von Grundwasser. Wenn also von der technischen Art der Inanspruchnahme des Grundwassers her eine Unterscheidung nicht möglich ist, vielmehr die Arbeiten des § 13 I Nr. 4 BadWürttWG häufig auch ein Zutageleiten von Grundwasser im arbeitstechnischen Sinne sind, so bleibt nur die Möglichkeit einer Differenzierung -wenn man nicht § 13 I Nr. 4 BadWürttWG als bloße Wiederholung oder Erläuterung des § 3 I Nr. 6 WHG ohne sachliches Eigengewicht auffassen will- nach anderen objektiven oder subjektiven Benutzungselementen. [3]

---

1) § 35 WHG ist durch die folgenden landesrechtlichen Vorschriften ausgefüllt worden: §§ 37 BadWürtt-,37 Berl-, 115 Brem-, 3o f.Hamb-,39 Hess-,1o8 Niders-, 44 NRW-,38 Saarl-und 32 SchleswHWG. Überwiegend ist eine Anzeigepflicht begründet, z.T.auch nur eine Pflicht, eine behördliche Überwachung zu dulden.

2) Zu den hier auftretenden Kausalitätsfragen und den subjektiven Benutzungselementen siehe Ausführungen S. 2o7 ff.

3) Wie Anm. 2.

Schließlich sei noch die Sonderregelung des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG erwähnt. Sie stellt den Benutzungen das Versickern, Verrieseln und Verregnen von Abwasser und anderen Stoffen gleich, wenn diese Stoffe die Eigenschaften von Wasser nachteilig verändern können. Ausgenommen ist die landwirtschaftliche Düngung im üblichen Umfang. Während § 3 I Nr. 5 WHG seinem Wortlaut nach jedes Einleiten von Stoffen in das Grundwasser für erlaubnis- oder bewilligungspflichtig erklärt, steht das Versickern, Verrieseln und Verregnen nur der Stoffe, die eine schädliche Beschaffenheitsveränderung des Wassers bewirken können, unter diesem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Zunächst ist fraglich, ob § 13 I Nr. 5 BadWürttWG nur das Grundwasser oder auch das oberirdische Gewässer vor Verunreinigung schützen will. Die Fassung der Vorschrift läßt durchaus die letztere Annahme zu. Ein praktisches Bedürfnis für diesen erweiterten Schutzzweck muß grundsätzlich anerkannt werden, wenn man an die Möglichkeit denkt, daß derartige Maßnahmen häufig in der Nachbarschaft eines oberirdischen Gewässers durchgeführt werden. Dagegen spricht jedoch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift [1] und die Tatsache, daß § 3 II Nr. 2 WHG bereits diesen ausreichenden Schutz oberirdischer Gewässer gewährleistet, ohne allerdings die ganze Skala der Maßnahmen des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG zu erfassen. [2]

Das Versickern, Verrieseln und Verregnen unterscheidet sich vom Einleiten objektiv dadurch, daß die Stoffe nicht unmittelbar in das Grundwasser zu gelangen brauchen. Sie werden vielmehr auf der Erdoberfläche mittels besonderer Anlagen oder manuell verteilt oder auch gesammelt zu einer bestimmten Stelle geleitet, um dann vermöge ihrer eigenen Schwerkraft in den Untergrund zu treten. Dem Einleiten aber ist, wie sich schon aus dem allgemeinen Wortsinn ergibt, ein unmittelbares zielgerichtetes Zuführen eigen.

1) LT- Drucksache 292o, S.4913.
2) Siehe unten S. 216 ff.

b) Andere mögliche Benutzungstatbestände

Zu der Lagerung, Ablagerung und Beförderung der nicht wassergefährdenden Stoffe -eine negative Bestimmung mittels der Definitionsnorm des § 19 a II WHG- [1] belassen die Landeswassergesetze es bei der bereits besprochenen Regelung der §§ 26 II und 34 II WHG. Nur die §§ 83 II Brem- und 78 II NiedersWG geben auch hier aus den genannten Gründen den Wortlaut des WHG wieder.

1) Im übrigen können die Stoffe natürlich "wassergefährdend " sein. Nur gehören sie nicht zu den in § 19 a II WHG angesprochenen.

III. Einwirkungsverbote außerhalb des Wassernutzungsrechts im engeren Sinne

1. Das Wasserordnungsrecht besonderer Art

Die öffentliche Sache Gewässer ist vielerlei Einwirkungen ausgesetzt. Da das fast immer Auswirkungen auch auf die Nutzbarkeit des Gewässers für menschliche und landwirtschaftliche Zwecke hat, die aufrechtzuerhalten und zu fördern Aufgabe des WHG und der Landeswassergesetze ist, [1] müssen die Wassergesetze auch entsprechend weitreichende und abgestufte Kontrollmöglichkeiten vorsehen.

Für Einwirkungen, die Gewässerbenutzungen darstellen, gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 2 WHG. Weil die Gewässerbenutzungen aber nur ganz spezielle Inanspruchnahmen des Wassers oder funktionell wichtiger Gewässerbestandteile betreffen, müssen die darüberhinausgehenden wasserwirtschaftlich erheblichen Einwirkungen auf die Gewässer durch andere Ordnungsmittel erfaßt werden.

Abgestuft nach der arttypischen, wasserwirtschaftlichen Gefährlichkeit der Maßnahmen haben die Wassergesetze -bildhaft gesprochen- um den durch die §§ 2 WHG i.Verb.m.3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG abgegrenzten Verbotsraum einen größer dimensionierten konzentrischen Verbotsraum mit Genehmigungsvorbehalt gelegt. Daran schließt sich ein anzeigepflichtiger Handlungsraum an und noch weitergehend besteht für Gewässereinwirkungen an atypischen Situationen [2] ein

1) So BVerfG in DÖV 1962, 863 ff.

2) Z.B. in Überschwemmungs-oder Quellenschutzgebieten.

"Verordnungsvorbehalt . "

Im Unterschied zum hier nur interessierenden Wassernutzungsrecht im engeren Sinne kann man diese Regelungen als ein Wasserordnungsrecht besonderer Art bezeichnen. Denn der Verbots- oder Regelungszweck ist ein anderer als bei § 2 WHG. Bei diesem soll die Inanspruchnahme der Gewässer präventiv kontrolliert werden, bei jenen soll das Gewässer vor typischen Gefahren geschützt werden.

Um eine klare Abgrenzung der Gewässereinwirkungen, die Benutzungen i.S.d. Wassergesetze sind, von den nicht unter die Benutzungstatbestände fallenden Gewässereinwirkungen zu erhalten, ist eine kurze Darstellung dieses besonderen Wasserordnungsrechts erforderlich.

2. Genehmigungspflichtige Maßnahmen

a) Die Sonderregelung des § 15 HambWG

Nach § 15 I Satz 1 HambWG bedarf jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung oberirdischer Gewässer, die nicht eine Benutzung i.S.d.§ 3 WHG ist, der Genehmigung der Wasserbehörde. In Satz 2 dieser Vorschrift heißt es dann, daß hierunter insbesondere das Errichten oder Verändern von Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern fällt. Ausgenommen sind - jeweils Unterhaltungs- und Ausbaumaßnahmen.

Soweit der erste Satz dieser Vorschrift in Rede steht, erheben sich starke Bedenken verfassungsrechtlicher Art gegen seine Wirksamkeit. Es liegt nämlich nahe in dieser Regelung einen Verstoß gegen den Verfassungssatz der Bestimmtheit zu sehen. Die Begründung dieses

Verfassungssatzes in Rechtsprechung und Literatur ist unterschiedlich . Neben einer Berufung auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip [1] wird Bezug genommen auf einzelne Verfassungsnormen, insbesondere Art. 8o I Satz 2 [2] und 1o3 II GG [3] aber auch auf Art. 19 IV [4] und 19 II GG. [5] Einigkeit aber besteht im Ergebnis darin, daß Wirksamkeitsvoraussetzung jeden Rechts ihre Meßbarkeit und Bestimmbarkeit ist.

Betrachtet man von diesem Blickwinkel aus den § 15 I Satz 1 HambWG, so wird man -ohne daß ein tieferes Eingehen auf die Bestimmtheitslehre hier erforderlich ist - die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen für den maßgeblichen, verständigen Durchschnittsbürger verneinen müssen. Die ihm vor Inanspruchnahme des oberirdischen Gewässers zur Beantragung einer behördlichen Benutzungskontrolle zugemutete Subsumtion ist selbst einem Juristen ab hoc nicht sachgerecht möglich. Es muß sich nach § 15 I Satz 1 HambWG nämlich um eine nicht unter § 3 WHG fallende Benutzung handeln, die sodann über den Gemeingebrauch hinausgehen muß. Welche Gewässerbenutzungen außer den in § 3 WHG genannten nach hamburgischem Wasserrecht aber noch in Betracht kommen, ist völlig offen und unbestimmt, insbesondere dann, wenn die Schwierigkeiten der Auslegung des § 3 II Nr. 2 WHG und seine Abgrenzung zu den Nichtbenutzungen man berücksichtigt. Auch § 15 I Satz 2 HambWG, der beispielhaft das Errichten und Verändern

- 144 -

1) Vergl. BVerfG in BVerfGE 5, 25 (31);7 28o (3o2); 8, 274 (325); 9,83 (87); 9, 137 (147).

2) BVerfG in BVerfGE 1,14 (6o);7,282 (291);8, 274 (3o7,322); 1o,2o (51 f.); BVerwG in BVerwGE 6,247 (249);H.J.Wolff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts I S. 1o1;Scheuner,Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 143.

3) Vergl. BVerfG in BVerfGE 4,352 (357); Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner III/2, S.997 ff.

4) Vergl. BVerfG in BVerfGE 8, 274 (326); Jesch, AöR 82, 236 ff.

5) Vergl.Herbert Krüger DÖV 1955, 599; Jesch a.a.O.: Lerche DVBl. 1958, 53o.

von Anlagen in, an und über oberirdischen Gewässern nennt, vermag dem Satz 1 der Vorschrift keinen faßbaren Inhalt zu geben. Festzustellen ist daher, daß § 15 I Satz 1 HambWG wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Bestimmtheit nichtig ist. Unberührt hiervon bleibt jedoch die Wirksamkeit des § 15 I Satz 2 und 3 HambWG, da deren Regelung bestimmt ist und eine neben Satz 1 selbständige Aussage [1] enthält.

b) Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern

Grundsätzlich sind auch die Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern nutzungsrechtlich mittelbar von Bedeutung. Daher haben alle Landeswassergesetze diesen Anlagen Aufmerksamkeit geschenkt und eine in den wesentlichen Punkten einheitliche Regelung getroffen, die im folgenden kurz dargestellt werden soll.

Die Genehmigungspflicht der Anlagen "in, an oder über" oberirdischen Gewässern behandeln nur die §§ 76 BadWürtt -und 15 HambWG.

Eine weitere Gruppe der Landeswassergesetze beschränkt sich auf die Anlagen "in oder an" oberirdischen Gewässern, [2] und § 8o RhPfWG schließlich befaßt sich nur mit den Anlagen "an" oberirdischen Gewässern.

Während die genannten Vorschriften der Landeswassergesetze sich auf alle oberirdischen Gewässer beziehen, betreffen die §§ 59 Bay- und 8o RhPfWG ausdrücklich nur die Gewässer 1. und 2. Ordnung, klammern also

1) Hierauf stellen ab:BVerfG in BVerfGE 8, 71;9, 83 f BVerwG in BVerwGE 2, 172 (175);7, 114 (122).

2) Siehe §§ 59 BayWG;62 BerlWG; 77 BremWG; 69 HessWG; 72 NiedersWG; 74 NRWWG; 71 SaarlWG und 63 SchleswH WG.

die Gewässer 3. Ordnung aus. In jedem Fall aber betreffen diese Vorschriften nur die Errichtung neuer oder die wesentliche Änderung bestehender Anlagen. [1]

Was unter Anlagen zu verstehen ist, wird von dem Bayerischen und dem RhPfWG a.a.O. beispielhaft gesagt. Es sind dies insbesondere Gebäude, Brücken, Stege, Unter- und Überführungen durch Gas-, Wasser- und Drahtleitungen, Hafenanlagen, Bootshäuser usf. In Betracht kommt aber auch jede andere technische Einrichtung nicht ganz unerheblicher Größe. [2] Nicht zu den genehmigungspflichtigen Anlagen rechnen die Benutzungsanlagen.

Nur zum Teil wird der ausfüllungsbedürftige Begriff "an oberirdischen Gewässern" konkretisiert. Das Bay- und RhPfWG a.a.O. geben exakte metrische Angaben, wohingegen § 76 I BadWürttWG auf die möglichen wasserwirtschaftlichen Auswirkungen der Anlagen und § 69 I HessWG auf die Beschaffenheit des Ufers abstellen. Die übrigen Landeswassergesetze sagen zu dieser Frage nichts. Es ist entsprechend dem Zweck der Vorschriften davon auszugehen, daß eine räumliche Näher zu dem Gewässer bestehen muß, die im Einzelfall die Möglichkeit einer Einwirkung der Anlage auf das Gewässer offenläßt. [3] Dies ist beispielsweise regelmäßig nicht der Fall, wenn in einer Entfernung von 1oo m vom Gewässer ein Haus errichtet wird, da die in erster Linie in Betracht kommenden Schutzzwecke : Nutzungsmöglichkeit und Nutzungsrecht anderer, sowie ungehinderter Wasserabfluß und Unterhaltungsmöglichkeit, in aller Regel nicht gefährdet werden. Anders ist die Rechtslage nur, wenn ein Überschwemmungsgebiet festgesetzt worden ist, da

- 146 -

1) So auch Abt. Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung S.5.

2) Vergl. Rehder § 72 Anm.2.; Feldt § 69 Anm. 2.So auch Kammergericht ZfW 1963 S. 3o7 f.

3) So Burghartz § 74 Anm.2; Rehder § 72 Anm.3.

in diesem Fall vergleichbare Beschränkungen für die Anlagenerrichtung und- änderung statuiert werden können. [1]

Übereinstimmend sind nach allen Landeswassergesetzen [2] -mit Ausnahme des § 8o RhPfWG, der die Unterhaltung nicht erwähnt-, Anlagen, die dem Ausbau oder der Unterhaltung der oberirdischen Gewässer dienen, von der Genehmigungspflicht ausgenommen. Das gleiche gilt, trotz einer teilweise unterschiedlichen Formulierung der Landeswassergesetze a.a.O., für die einer erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Benutzung dienenden Anlagen.

Das Recht der Länder, die Anlagen in oberirdischen Gewässern aus dem wasserrechtlichen Nutzungsrecht -und hier insbesondere die §§ 3, 2 WHG- auszuklammern, kann nicht in Zweifel gezogen werden. (Im übrigen ist bestritten, ob die Anlagen in Gewässern überhaupt unter § 3 WHG fallen. Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen). Vielmehr erscheint diese Ersetzung wasserrechtlichen Nutzungsrechts durch wasserrechtliches Ordnungsrecht für die Fälle, in denen eine Maßnahme nicht unmittelbar wasserwirtschaftlichen Zwecken dient, als eine zulässige [3] und sachgerechte Ergänzung des § 3 WHG.

Somit ist der in einigen Kommentaren zum WHG aufgeworfene Meinungsstreit [4] über die Erlaubnis-oder Genehmigungspflicht von Anlagen in Gewässern dank eindeutiger gesetzlicher Regelung wenigstens insofern gegenstandslos, daß alle Anlagen in Gewässern, die nicht

1) Vergl.§§ 78 BadWürttWG; 61 BayWG;64 BerlWG;79 BremWG; 53 HambWG;71 NiedersWG; 76 NRWWG;82 PhPfWG 73 SaarlWG und 64 SchleswHWG.
2) Siehe Anm. 2 auf S.144 und §§ 76 BadWürtt-und 15 HambWG.
3) Vergl. Amt.Begründung zum WHG,BT-Drucks.2o72 S.22
4) Vergl. Sieder-Zeitler § 3 Anm.9 und Gieseke-Wiedemann § 3 Anm.7.

dem Ausbau, der Unterhaltung oder einer erlaubnis-oder bewilligungspflichtigen Benutzung "dienen" nur genehmigungspflichtig sind. Falls eine Anlage in einem oberirdischen Gewässer eine (andere) Benutzung ermöglichen soll -ihr also dient- wie das etwa bei einem Wehr zum Aufstauen des Gewässers oder einer Pumpe zum Entnehmen von Wasser der Fall ist, dann erst taucht die Frage auf, ob die Errichtung und Veränderung der Anlage grundsätzlich erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist und beispielsweise unter den Tatbestand des § 3 I Nr.4 WHG: Einbringen von Stoffen in ein oberirdisches Gewässer, subsumiert werden kann,[1] oder ob hier keine Stoffe eingebracht werden, sondern das Gewässer als Baugrund für besondere Einrichtungen benutzt wird.[2]

c) Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen

Mit Ausnahme von Bayern, Hamburg und Niedersachsen haben alle Länder für den Bau und die wesentliche Änderung von Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen bestimmter Zweckbestimmung oder Größe eine Genehmigungspflicht eingeführt. Soweit eine gesetzliche Regelung fehlt, ist auf die Vorschriften über die Anlagen an, in oder über oberirdischen Gewässern zurückzugreifen.[3]

Der Anknüpfungspunkt für die Genehmigungspflicht ist in den einzelnen Landeswassergesetzen unterschiedlich. Es wird darauf abgestellt, ob die Anlagen dem allgemeinen[4] oder öffentlichen[5] Gebrauch dienen,

1) So die h.M.:Sieder-Zeitler § 3 Anm.9;Sievers § 3 Anm.2;Witzel § 3 Anm.5;Kolb § 3 Anm.II;Burghartz § 3 Anm.5.

2) So Gieseke-Wiedemann § 3 Anm.7;Rehder § 3 Anm.8.

3) Vergl. Rehder § 72 Anm.2;Fritzsche § 59 Anm.1.

4) Vergl.§§ 44 I Hess-,45 I NRW-,49 I RhPf-, 44 I Saarl-, 33 I SchleswHWG.

5) Vergl. §§ 43 I BadWürtt-, 46 I BremWG.

oder ob sie ein bestimmtes auf den Tag bezogenes Fassungsvermögen haben. [1] Teilweise ist vorgesehen, daß durch Rechtsverordnung der Kreis der genehmigungspflichtigen Anlagen erweitert oder eingeschränkt werden kann. [2]

Anknüpfend an Art. 38 V des Mustergesetzentwurfs der wasserrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Länder ist in einigen Landeswassergesetzen das Verhältnis der Genehmigung zur Erlaubnis und Bewilligung ausdrücklich behandelt worden. Nach diesen Vorschriften [3] ist die Genehmigung, wenn die Anlage zugleich einer erlaubnispflichtigen Benutzung dient, entweder entbehrlich, oder es entscheidet die für die Erlaubnis oder Bewilligung zuständige Behörde. Auch hier wird also deutlich, daß der Gesetzgeber klar zwischen Wassernutzungsrecht und Wasserordnungsrecht besonderer Art unterscheiden will. Wenn der Benutzungsbegriff nach Darstellung seiner ungeschriebenen Begriffsmerkmale eine klare umrissene Gestalt angenommen hat, wird zum Zwecke der negativen Abgrenzung auf das Verhältnis von Wassernutzungsrecht und Wasserordnungsrecht besonderer Art eingegangen werden.

d) Stauanlagen

Das Recht des Aufstauens oberirdischer Gewässer haben die Landeswassergesetze eingehend geregelt. [4] Die Bestimmungen über das Errichten und Erhalten der

1) Vergl. §§ 43 I BadWürtt-, 38 I Berl-, 44 II Hess-, 45 II NRW-, 49 II RhPf-und 44 II SaarlWG.

2) Vergl. §§ 43 V BadWürtt-, 38 II Berl-, 45 III NRW-, 49 II RhPf- und 44 I SaarlWG.

3) Vergl. §§ 43 IV BadWürtt- und 45 NRWWG.

4) Vergl. §§ 31 ff. BadWürtt-, 31 ff. Bay-, 3o ff.Berl 66 ff. Brem-, 22 ff. Hamb-, 32 ff.Hess-, 6o ff. Nieders-, 37 ff. NRW- , 34 ff.RhPf-, 31 ff.Saarl- und 25 ff. SchleswHWG.

Staumarken und das Außerbetriebsetzen von Stauanlagen ergänzen aber ebensowenig wie die Vorschriften über das unbefugte Ablassen aufgestauten Wassers den Benutzungstatbestand des § 3 I Nr. 2 WHG. Sie sagen vielmehr lediglich, wie der Stau des oberirdischen Gewässers durchzuführen ist und enthalten damit eine Aussage über die Zulässigkeit des Aufstauens, ohne eine Antwort auf die Frage zu geben, wann eine solche Benutzung vorliegt.

Soweit die Landeswassergesetze den Bau, die wesentliche Änderung und den Betrieb von Talsperren, Wasserspeichern, Rückhaltebecken und ähnlichen Anlagen einer Genehmigungspflicht unterworfen haben, ist die schon in einem anderen Zusammenhang besprochene Trennung von Nutzungsrecht und Ordnungsrecht festzustellen. Wenn diese Maßnahmen für sich schon eine Benutzung darstellen, so muß die Erteilung eines Sondernutzungsrechts beantragt werden.

Daß die Errichtung von Benutzungsanlagen den Tatbestand des § 3 I Nr. 4 WHG erfüllt, ist oben [1] mit dem Hinweis auf den umfassenden Schutzzweck der §§ 3, 2 WHG bejaht worden.

e) Lagern und Befördern wassergefährdender Stoffe

Die §§ 19 a ff. WHG führen eine Genehmigungspflicht für das Errichten, den Betrieb und die wesentliche Änderung von Rohrleitungsanlagen zum Befördern wassergefährdender Stoffe ein. Die wassergefährdenden Stoffe werden in § 19 a II WHG in Verbindung mit der aufgrund dieser Vorschrift zu erlassenden Rechtsver-

1) Siehe S. 126

ordnung bestimmt. [1] Die Anlagengenehmigung darf gem. § 19 b II WHG nur erteilt werden, wenn eine Verunreinigung oder sonstige nachteilige Veränderung der Eigenschaften der Gewässer (richtig: des Wassers) nicht zu besorgen ist. Hieraus folgt, daß der Gesetzgeber eine klare Trennung zu den Maßnahmen der § 3 II Nr. 2 WHG, die geeignet sein müssen, einen solchen Erfolg herbeizuführen, schaffen wollte.[2] Da einer Rohrleitungsanlage i.S.d.§§ 19 a ff. WHG zunächst aber auch diese Eignung anhaften kann und diese abstrakte Gefahr im konkreten Fall durch Bedingungen oder Auflagen nach § 19 b II WHG ausgeräumt werden kann, können sich auf den ersten Blick sachliche Überschneidungen der Maßnahmen na ch § 3 II Nr. 2 und §§ 19 a ff. WHG ergeben. Da hier jedoch eine besondere Genehmigungspflicht für derartige Vorhaben eingeführt worden ist, ist dieser Bereich aus dem Nutzungsrecht herausgenommen und dem wasserrechtlichen Ordnungsrecht überwiesen worden. Nur wenn die erforderliche Anlagengenehmigung erteilt worden ist, darf das Vorhaben ausgeführt werden. Sonst ist es immer unzulässig und kann auch nicht nach § 3 II Nr. 2 WHG erlaubt oder bewilligt werden.

Anknüpfend an diese bundesrechtlichen Bestimmungen haben alle Landeswassergesetze die Lagerung und Beförderung wassergefährdender Stoffe sowie die Errichtung , den Betrieb und die wesentliche Änderung entsprechender Anlagen näher geregelt oder eine Ermächtigung zum Erlaß diesbezüglicher Rechtsverordnungen

1) Die "Verordnung über die Errichtung und den Betrieb von Anlagen zur Lagerung, Abfüllung und Beförderung brennbarer Flüssigkeiten zu Lande", (VbF) in der Fassung vom 1o.9.1964 (BGBl. I S.717) stützt sich auf § 24 GewO und hat gewerbe-und nicht wasserrechtlichen Charakter.
Ebenso BVerwG in ZfW 1965 S. 114.

2) Ebenso Engert, Das zweite Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes -Pipelinegesetz- DVBl. 1965 S. 9.

statuiert . [1] Im einzelnen sind die Vorschriften nicht unwesentlich verschieden.

3. Anzeigepflichtige Maßnahmen

Die Wassergesetze haben darüberhinaus für bestimmte Gewässereinwirkungen ohne Benutzungsqualität eine Anzeigepflicht eingeführt. Soweit der Gegenstand dieser Regelung in der Nachbarschaft der Gewässerbenutzungen liegt und insofern eine Abgrenzung erforderlich ist, soll im folgenden kurz auf diese Vorschriften eingegangen werden.

a) Erdaufschlüsse

Das WHG enthält in § 35 I lediglich eine Ermächtigung für die Landesgesetzgeber, eine Überwachungspflicht für Arbeiten, die über eine bestimmte Tiefe hinaus in den Boden eindringen, einzuführen. Hiervon ist ausnahmslos Gebrauch gemacht worden, [2] und § 13 Nr. 4 BadWürttWG hat darüberhinaus einen vergleichbaren Tatbestand zu einer erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Benutzung erklärt.

Als in Betracht kommende Arbeiten zählt das BayWG a.a.O. beispielsweise auf das Ausheben von Sand-, Kiesgruben oder Schächten oder das Anbringen von Ein- oder Anschnitten im Gelände oder ähnliche Arbeiten. Die die Anzeigepflicht auslösenden Folgen der Arbeiten sind

1) Siehe §§ 25 BadWürtt-, 37 Bay-, 23 Berl-, 47 Brem-, 28 Hamb-, 26 Hess-, 42 Nieders-, 27 NRW, 24 RhPf-, 21 Saarl- und 16 SchleswHWG.

2) Siehe §§ 37 BadWürtt-, 34 Bay-, 37 Berl-, 115 Brem-, 3o f. Hamb-, 39 Hess-, 1o8 Nieders-, 44 NRW-, 42 RhPf-, 38 Saarl- und 32 SchleswHWG.
Die letztere Vorschrifte bezieht sich allerdings nur auf die unbeabsichtigte Erschließung gespannten Grundwassers, ergänzt also den § 35 II WHG.

Einwirkungen -unmittelbarer oder mittelbarer Art [1] - auf die Beschaffenheit, den Stand oder die Bewegung des Grundwassers. Übereinstimmend -auch wenn das Bad-WürttWG dies nicht ausdrücklich sagt, gilt das gleiche -ist eine Anzeige und die sich daran anschließende bebehördliche Überwachung der Arbeiten dann nicht ausreichend, wenn es sich um eine Benutzung i.S.d.§ 3 WHG handelt. In diesem Fall muß der Unternehmer vielmehr eine Erlaubnis oder Bewilligung beantragen.

Somit ist klargestellt, daß die Landeswassergesetze den § 3 WHG nicht ergänzen wollen, sondern lediglich für einen außerhalb dieser Vorschrift liegenden Kreis von Einwirkungen auf das Grundwasser wasserrechtliches Ordnungsrecht darstellen. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich aber keine klare Abgrenzung zu den Benutzungstatbeständen, insbesondere deshalb nicht, weil beispielsweise das BerlWG a.a.O. auch die unmittelbaren Einwirkungen auf das Grundwasser durch Arbeiten, die über eine bestimmte Tiefe hinaus in den Boden eindringen, diesen rein ordnungsrechtlich behandelten Maßnahmen zurechnet.

b) Auslaufen und Versickern wassergefährdender Stoffe

Einige Landeswassergesetze [2] haben das Auslaufen und Versickern wassergefährdender Stoffe für anzeigepflichtig erklärt. Als wassergefährdend werden in diesem Zusammenhang nicht nur die unter § 19 a WHG fallenden Stoffe bezeichnet, sondern der hier verwandte Begriff ist sachlich weitgehend. Dies ergibt sich aus der Formulierung der genannten Vorschriften, in

1) So § 37 I BerlWG. Ähnlich § 44 I NRWWG:"...oder aus sonstigen Gründen ..."

2) Vergl. §§ 47 VI Brem-, 26 VI Hess-, 27 VI NRW-, 24 VIII RhPf- und 21 II SaarlWG.

denen es heißt : "Laufen wassergefährdende Stoffe, insbesondere Treibstoff oder Öl ....."

Mit Ausnahme des BadWürtt- -das in seinem § 25 I eine besondere Genehmigungspflicht einführt- und NiedersWG besteht nach den Landeswassergesetzen auch für denjenigen eine Anzeigepflicht, der Leistungen oder Anlagen zum Transport oder zur Lagerung dieser Stoffe errichten will. Im einzelnen ist die gesetzliche Regelung unterschiedlich.

Der Zweck dieser Anzeigepflicht für Tatbestände, die sachlich weiter gehen als die in §§ 19 a ff. WHG genannten, ist es, den Wasserbehörden die rechtzeitige Prüfung der wasserwirtschaftlichen Unschädlichkeit der geplanten Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des eigenartigen Einwirkungsverbots der §§ 26 II. 34 II WHG zu ermöglichen.

4. Der Verordnungsvorbehalt der Wassergesetze für atypische Situationen

Ein weiteres Ordnungsmittel ist das in allen Landeswassergesetzen und für die verschiedensten Zwekke vorgesehene Verordnungsrecht der Wasserbehörden. Hier soll nur kurz dieses Verordnungsrecht für atypische Situationen angesprochen werden.

In den festgesetzten Überschwemmungs- , Quellschutz und Wasserschutzgebieten können bestimmte Handlungen untersagt werden oder für genehmigungspflichtig oder

1) Vergl. §§ 37 I Bay-, 23 I Berl-, 47 I Brem-, 28 I Hamb-, 26 I Hess-, 27 I NRW-, 24 I RhPf-, 21 I Saarl- und 16 I SchleswHWG.

anzeigepflichtig erklärt werden. [1] Auch hier handelt es sich nicht um eine Ergänzung des Wassernutzungsrechts i.e.S., sondern um wasserrechtliches Ordnungsrecht, das vom ersten durch Bestimmung des Benutzungstatbestandes abzugrenzen ist.

---

1) Hinsichtlich der Einzelheiten vergl.zu den Überschwemmungsgebieten § 32 WHG und §§ 77 ff.BadWürttWG; 61 f.BayWG; 63 ff.BerlWG; 78 ff.BremWG; 52 ff.,122 HambWG;7o ff.,122 II HessWG; 73 f. NiedersWG; 75 ff. NRWWG; 81 ff. RhPfWG;72 ff. SaarlWG und 66 ff. SchleswHWG.

Zu dem Quellenschutz :
§§ 4o BadWürttWG; 4o BayWG; 43 BremWG; 34 HambWG; 41 HessWG; 112 NiedersWG; 26 NRWWG; 45 RhPfWG; 41 SaarlWG.

Hinsichtlich der möglichen Beschränkungen in Wasserschutzgebieten :
§ 19 WHG und §§ 24, 11o BadWürttWG; 35 BayWG; 22 BerlWG; 4o f. BremWG; 27 HambWG; 25,122 HessWG; 39 ff. NiedersWG; 24 f. NRWWG; 22 und für Pegelschutzgebiete 23 RhPfWG; 2o SaarlWG und 15 SchleswHWG.

IV. Ausschluß des Wassernutzungsrechts im engeren Sinne

1. Gewässerausbau und - unterhaltung

§ 3 III WHG bestimmt, daß Maßnahmen, die der Unterhaltung oder dem Ausbau dienen, keine Benutzungen sind. Somit ist gem. § 2 WHG für diese Maßnahmen keine Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich. Außerdem sind sie grundsätzlich dem oben dargestellten wasserrechtlichen Ordnungsrecht entzogen. Nur für den Gewässerausbau schreiben die Wassergesetze ein besonderes Planfeststellungs- oder Genehmigungsverfahren vor, so daß der Gewässerausbau systematisch auch unter die Einwirkungsverbote außerhalb des Wassernutzungsrechts fällt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit sollen jedoch die Gewässerunterhaltung und der Gewässerausbau wie bei § 3 WHG so auch hier zusammen behandelt werden.

a) Unterhaltung eines oberirdischen Gewässers

Zur Kennzeichnung des Verhältnisses von Benutzung zu Unterhaltung mag letztere kurz ihrem Wesen und ihrem Umfang nach dargestellt werden. Übereinstimmend [1] qualifizieren die Landeswassergesetze in Ergänzung der §§ 28 f. WHG die Unterhaltung oberirdischer Gewässer als eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit. [2]

- 156 -

1) Siehe §§ 46 BadWürtt-,42 Bay-, 39 Berl-, 85 Brem-, 46 Hess-, 8o Nieders-, 46 NRW-, 54 RhPf-,45 Saarl- und 37 SchleswHWG.
Auch wenn das HambWG dies nicht ausdrücklich ausspricht, so gilt auch in Hamburg das gleiche. Das ergibt sich schon aus der den Landesgesetzgeber insoweit bindenden Regelung des § 29 WHG. Vergl. schriftlichen Bericht BT- Drucks.35 36 S.14;" Inhalt und Zweck der Bestimmung (§ 29 WHG) ist die Statuierung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Unterhaltung der Gewässer. "

2) Zur angewandten Terminologie vergl.Gieseke.Die Unterhaltung von Gewässern nach dem WHG. WuB 1958 S.58.

Nur soweit es die bundeseinheitliche Regelung notwendig machte, [1] bestimmt § 28 WHG, daß zur Unterhaltung eines Gewässers "die Erhaltung eines ordnungsmäßigen Zustandes für den Wasserabfluß und an schiffbaren Gewässern auch die Erhaltung der Schiffbarkeit" gehören. Für die Unterhaltung ausgebauter Gewässer gilt das gleiche, vorbehaltlich einer Sonderregelung im Ausbauverfahren oder einer besonderen bundes- oder landesrechtlichen Regelung.

Gestützt auf die Ermächtigung des § 28 I Satz 2 WHG ist der Umfang der Unterhaltung eines Gewässers und seiner Ufer in den Landeswassergesetzen näher beschrieben worden. [2] So heißt es beispielsweise in § 4o des Mustergesetzentwurfs der wasserrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Länder, dem mehrere Landeswassergesetze a.a.O. entsprechen : "Zur Unterhaltung gehören insbesondere die Reinigung, Räumung und Festlegung des Gewässerbettes, die Freihaltung, der Schutz und die Unterhaltung der Ufer, ferner entsprechend den jeweiligen wasserwirtschaftlichen Bedürfnissen die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für die Feststoff- und Eisabfuhr sowie für die Wasser-, Feststoff- und Eisrückhaltung. "Mit Ausnahme des BayWG ist hinsichtlich der ausgebauten Gewässer in den übrigen Landeswassergesetzen a.a.O. bestimmt, daß sie in dem Zustand zu erhalten sind, in den sie der Ausbau versetzt hat, es sei denn, daß die zuständige Wasserbehörde dies nicht mehr für erforderlich hält.

Aus der Formulierung der genannten Vorschriften, wonach die dort aufgeführten Maßnahmen für die Unterhaltung der Gewässer "insbesondere" oder "auch" in

1) So Amtl. Begründung zu § 28 WHG BT- Drucks.2o72 S.33
2) Siehe §§ 47 BadWürtt-, 42 Bay-, 4o Berl-86 Brem-, 35 Hamb-, 46 Hess-, 81 Niederss-, 47 NRW-, 55 RhPf-, 46 Saarl- und 38 SchleswHWG.

Betracht kommen, folgt, daß die möglichen Unterhaltungsmaßnahmen nicht abschließend, sondern nur beispielhaft aufgezählt sind. Abstrakt kann man den Umfang der Unterhaltung folgendermaßen umschreiben :

Unterhaltungsfähig sind nur die in Betten stehenden oder fließenden, natürlichen oder künstlichen Gewässer einschließlich ihrer Ufer. Wie weit das an der Uferlinie [1] beginnende Ufer landeinwärts zu unterhalten ist, richtet sich nach den konkreten wasserwirtschaftlichen Unterhaltungserfordernissen. Diese sind kongruent mit der Erhaltung eines ordnungsmäßigen Zustandes des Gewässers. Dabei ist der Begriff "ordnungsmäßiger Zustand " -wie sich aus dem Merkmal Erhaltung ergibt- relativ. Es kommt nicht darauf an, was unter den konkreten Verhältnissen absolut unter einem ordnungsmäßigen Zustand des Gewässers zu verstehen ist, sondern wie das seit längerer Zeit verstanden und geübt worden ist. Nur was längere Zeit bestanden hat. ist in diesem Sinne der zu erhaltende ordnungsmäßige Zustand. Nicht zur Unterhaltung gehört die Wiederherstellung des lange nicht mehr bestehenden, möglicherweise wasserwirtschaftlich vorteilhafteren Zustandes, [2] wohl aber sind vorsorgliche Sicherungsmaßnahmen in diesem Rahmen der Erhaltung des seit längerem Bestehenden der Unterhaltung zuzurechnen. Nach den äußeren Tätigkeitsmerkmalen sind Benutzungshandlungen- und maßnahmen einerseits und Unterhaltungsmaßnahmen andererseits nicht voneinander zu unterscheiden. Fast immer wird die Unterhaltung des Gewässerbettes eine oder mehrere Tatbestandshandlungen des § 3 I WHG beinhalten. Daher kann das Abgrenzungskriterium nicht die Art der technischen Einwirkung auf das Gewässer sein.

---

1) Siehe Ausführungen S. 1o8 f.

2) Ebenso PrOVG 83, 251.

§ 3 III WHG gibt einen Hinweis auf das entscheidende Abgrenzungsmerkmal, denn nach dieser Vorschrift sind nur die Maßnahmen keine Benutzungen, die der Unterhaltung oder dem Ausbau "dienen" . Der Begriff "dienen" oder "dienlich sein" besteht aus objektiven und subjektiven Elementen, wohingegen der Zweck nur ein subjektives Handlungsmotiv ist. Daraus folgt, daß es nur auf den Willen des Handelnden nicht ankommen kann. [1)]

Zweckmäßigerweise geht man bei der Inhaltsbestimmung des Begriffs "dienen" von zwei ähnlichen Termini aus: "eignen" und "bezwecken". Eine Handlung ist dann zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs geeignet, wenn sie adäquat oder gar typischerweise diese Wirkung hat. Es handelt sich bei der Qualifizierung "eignen" also um die Erkenntnis eines adäquaten oder typischen Kausalverlaufs, somit eines objektiven Umstandes. Vom "bezwecken" spricht man hingegen, wenn der Handelnde einen ganz bestimmten Erfolg herbeiführen will, unabhängig davon, ob die gesetzte Ursache auch geeignet oder auch nur tauglich ist, die gewünschte Wirkung zu zeitigen. Zwischen diesem objektiven Merkmal "eignen" und dem subjektiven "bezwecken" ist der Begriff "dienen" anzusiedeln. Auf unser Problem zugeschnitten heißt das :

Die Maßnahme muß nach ihrer objektiven Beschaffenheit nicht üblicher- oder typischerweise zu einem als Unterhaltung oder Ausbau zu qualifizierenden Erfolg- Sicherung des Wasserabflusses, Räumung des Bettes, Befestigung der Ufer usf.- führen. Es ist vielmehr ausreichend, wenn dies in konkreto der Fall ist. Was die subjektive Seite betrifft, so muß der Handelnde das eingetretene Unterhaltungs- oder Ausbauergebnis bezweckt, also gewollt haben. Beides, der Erfolgseintritt -der kein wasserwirtschaftlich positives

- 159 -

1) Ebenso Foerster,Die Unterhaltung der Gewässer nach dem Bayerischen Wassergesetz vom 26.7.1962 S. 42.

Unterhaltungs- oder Ausbauergebnis sein muß- und das Bezwecken dieses Erfolges bilden den Begriff "dienen". Nur der Erfolg reicht ebensowenig aus wie der auf untaugliche Mittel gerichtete Wille, ihn herbeizuführen. Erforderlich ist vielmehr, daß der Unterhaltungs- oder Ausbauerfolg konkret eingetreten und vom Handelnden bezweckt ist. [1)]

Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen : Bringt jemand feste Stoffe in ein fließendes oberirdisches Gewässer ein oder baggert Kies aus dem Bett eines solchen Gewässers, so kann hierin eine Unterhaltungsmaßnahme liegen, da diese objektiv geeignet ist, auf den Wasserabfluß einzuwirken. Um diese Maßnahme jedoch als Unterhaltung zu qualifizieren ist überdies erforderlich, daß der Handelnde gerade diesen Erfolg -Einfluß auf den Wasserabfluß- herbeiführen wollte. [2)] Ging es ihm aber beispielsweise lediglich darum, sich dieser Stoffe zu entledigen bzw. um eine bauwirtschaftliche Verwertung des Kieses, dann liegt keine Gewässerunterhaltung, sondern eine Gewässerbenutzung vor. [3)]

Nun kann eine objektive Benutzungshandlung und Unterhaltungshandlung auch mit dieser doppelten Zwecksetzung ausgeführt werden. Das ist insbesondere häufig der Fall bei der Errichtung von Benutzungsanlagen, wenn bei deren Ausführung besondere Rücksicht auf Unterhaltungsbelange genommen wird. Wie in diesen und ähnlichen Fällen das hier auftretende Konkurrenzproblem zwischen Unterhaltung (und Ausbau) einerseits und Benutzung andererseits zu lösen ist, wird unten im Zusammenhang mit der Erörterung des Benutzungszweckes zu

1) A.A.Jäger, Rechtsfragen der Erlaubnis und der Bewilligung,ZfW 1964 S.44,der nur auf objektive Gesichtspunkte abstellt.

2) Nach Sieder- Zeitler § 3 Anm.1o "steht bei Ausbau oder Unterhaltung die Aufgabe im Vordergrund, dem oberirdischen Gewässer -sozusagen- um seiner selbst willen dienlich zu sein. "

3) Sievers § 3 Anm.2 d ist der Ansicht, daß das Einbringen fester Stoffe in ein oberird.Gew.mit der Absicht ,sich ihrer zu entledigen keine Benutzung ist.

behandeln sein. [1]

b) Ausbau eines oberirdischen Gewässers

Im wesentlichen gilt das zur Unterhaltung Gesagte entsprechend. Was unter dem vom WHG neu eingeführten Rechtsinstitut [2] zu verstehen ist, wurde bereits anläßlich der Erörterung der Herstellung, Beseitigung und Änderung eines Gewässers kurz dargelegt. [3] Auf diese Ausführungen kann hier, nachdem die Unterhaltung als ein rechtliches Minus zum Ausbau [4] besprochen worden ist, Bezug genommen worden. Hingewiesen sei nur noch auf die Sonderregelung der §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG, wonach die Errichtung von Stichkanälen kein Ausbau, sondern eine den Benutzungen gleichgestellte Maßnahme ist.

Auch hier soll die mögliche Konkurrenz des Ausbaues mit der Benutzung in den Fällen, in denen die Maßnahme sowohl den objektiven Ausbau-wie einen Benutzungstatbestand erfüllt, bei der Untersuchung des Benutzungszweckes [5] behandelt werden.

2. Schiffahrt

Das WHG enthält keine Vorschrift, in der die Schiffahrt ausdrücklich erwähnt ist. Mit Unterschieden hinsichtlich der freigegebenen Gewässer und der Bestimmung der Schiffbarkeit, im übrigen aber übereinstimmend darf nach den Landeswassergesetzen [6] jedermann schiffbare Gewässer zur Schiffahrt, (Floßfahrt und Trift)

1) Siehe Ausführungen S. 232 ff.

2) So Sievers § 31 Anm. 1.

3) Siehe S. 1o5 f.

4) Nach § 31 WHG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften sind"die über die Unterhaltung hinausgehenden Maßnahmen ...." Gewässerausbau.

5) Siehe S. 181 ff.

6) S. §§ 3o BadWürtt-,27 f.Bay-, 28 Ber-,61 V Brem-, 1o Hamb-,3o Hess-,55 Nieders-, 35 NRW-, 3o RhPf-, 29 Saarl- und 23 SchleswHWG.

benutzen. Die Landeswassergesetze behandeln also die Schiffahrt als erlaubnisfreie Gewässerbenutzung und rechnen sie in den näher bestimmten Grenzen dem Gemeingebrauch zu. Am deutlichsten wird dies in dem auch ansonsten auf eine übersichtliche Gliederung bedachten NiedersWG, das die Schiffahrt hinsichtlich ihrer wasserrechtlichen Seite in dem mit "Arten und Zulässigkeit des Gemeingebrauchs" überschriebenen § 55 regelt.

Unter Schiffahrt ist die Beförderung von Personen oder Waren auf dem Wasser mittels maschinell oder manuell angetriebener Fahrzeuge zu verstehen. Anlagen, die ihrer Zweckbestimmung nach im Gewässer festliegen wie Docks, Anlegestellen, Bootshäuser usf. dienen der Schiffahrt, aber rechnen nicht hierzu. Floßfahrt ist die Beförderung verbundener Hölzer auf einem Gewässer, während bei der Trift die Hölzer unverbunden, also wild dem Gewässer zur Beförderung anvertraut werden. [1)]

Ob aber überhaupt die Schiffahrt einen der in § 3 I, II WHG genannten Tatbestände erfüllt, ist zweifelhaft.[2)] Es wäre daran zu denken, das Zuwasserlassen eines Schiffes als Einbringen eines festen Stoffes unter § 3 I Nr. 4 WHG zu subsumieren und die eigentliche Schiffahrt als eine Maßnahme i.S.d.§ 3 II Nr. 2 WHG anzusehen. Von Bedeutung könnte diese Frage nach dem Vorliegen einer Gewässerbenutzung überhaupt sein im Hinblick auf die Erstreckung einiger landesrechtlicher Vorschriften über die Schiffahrt [3)] auch auf die Bundeswasserstraßen. Wäre nämlich die Schiffahrt nicht Gegenstand des Wassernutzungsrechts i.e.S. -der Ordnung

1) Vergl.Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 31 Vorbem. Riederer-Sieder § 1 Anm.65; Feldt § 3o Anm.1; Burghartz § 35 Anm.1.

2) Gieseke vertrat in seinem Referat im Kolloquium vom 24.6.66 die Ansicht, die Schiffahrt sei keine Benutzung.A.A.BVerwG.

3) S.§§ 3o BadWürttWG; 27 BayWG; 1o HambWG; 55 V NiedersWG; 3o RhPfWG.

der Mengen- und Gütewirtschaft des Wasserhaushalts - [1] so fehlte es hinsichtlich dieser Vorschriften an der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder, da der Bund nach Art. 74 Z. 21 GG die konkurrierende Gesetzgebung für die dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen hat.

Diese Frage soll jedoch hier dahingestellt bleiben, da die Lösung des Streits zwischen Wasserrecht und Verkehrsrecht für unser Thema keine fruchtbaren Erkenntnisse bringen könnte. Unabhängig davon, ob Bundes- oder Landesrecht, Wasser- oder Verkehrsrecht hinsichtlich der Schiffahrt auf Bundeswasserstraßen anzuwenden ist, kann im Ergebnis jedenfalls nicht zweifelhaft sein, daß die Wasserstraße als öffentliche Sache grundsätzlich für die Schiffahrt freisteht. Wo mit Rücksicht auf die besondere Zweckbestimmung der Sache die inneren Widmungsschranken zu ziehen sind, wird im übrigen auch nicht abschließend durch die Landeswassergesetze beantwortet, sondern folgt aus allgemeinen verwaltungsrechtswissenschaftlich aufzudeckenden Sachstrukturen. [2]

Im Ergebnis ist also für die vorliegende Untersuchung gleichgültig, ob die Regelung der Schiffahrt durch die Landeswassergesetze insoweit einen Ausschluß des Wassernutzungsrechts beinhaltet oder, was nach der Stellung im Gesetz und der Formulierung dieser Vor - schriften zumindest dem subjektiven Willen der Landeswassergesetzgeber zu entsprechen scheint, die Schiffahrt lediglich als eine unter den Gemeingebrauch fallende Gewässerbenutzung behandelt wird. Denn auch im letzteren Fall wird die Schiffahrt immer nur zulässiger Gemeingebrauch oder unzulässig, niemals aber eine erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Sondernutzung sein.

1) So BVerfG in DVBl. 1963 S. 6o.

2) Vergl. Salzwedel, Gemeingebrauch im Wege-und Wasserrecht, ZfW 1962 S. 83 ff.

Auf die schon besprochene Ausnahme der §§ 13 I Z. 2 BadWürtt- und 15 I Nr. 2 HessWG -Betreiben von Fähren- sei jedoch nochmals hingewiesen.

3. Benutzung zum Zweck der Fischerei

§ 25 WHG enthält für die Landesgesetzgeber die Ermächtigung, das Einbringen von Stoffen in oberirdische Gewässer zu Zwecken der Fischerei von der Erlaubnis -oder Bewilligungspflicht der §§ 3 I Nr. 4,2 WHG freizustellen. Eine unmittelbare Regelung dieser Materie hat sich das WHG versagt, weil das Fischereirecht Landesrecht ist. [1)]

Die Länder haben von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und bestimmt, daß das Einbringen von Stoffen in oberirdische Gewässer zu Zwecken der Fischerei keiner Erlaubnis oder Bewilligung bedarf, wenn dadurch nicht das Wasser in seinen Eigenschaften oder der Wasserabfluß nachteilig beeinflußt wird. [2)] Das NRWWG macht die Zulässigkeit dieser Maßnahmen ohne besondere Gestattung nicht vom Nichteintritt nachteiliger wasserwirtschaftlicher Folgen abhängig, während das BremWG als negative Tatbestandsvoraussetzungen auch noch den Nichteintritt von Nachteilen für den Schiffsverkehr und die Ausübung des Gemeingebrauchs enthält. Daneben sehen das Hamb- und NRWWG a.a.O. noch die Möglichkeit einer Sonderregelung durch Verwaltungsakt, Allgemeinverfügung [3)] und Rechtsverordnung vor.

1) So amtliche Begründung zu § 25, BT-Drucks.2o72 S.32.

2) Siehe §§ 29 BadWürtt-,26 Bay-,27 Berl-,65 Brem-, 14 Hamb-,29 Hess-,59 Nieders-,34 NRW-, 29 RhPf-, 28 Saarl- und 22 SchleswHWG.

3) Die Kennzeichnung durch Tafeln aufgrund der Ermächtigung des § 14 II HambWG und i.d.R.eine Allgemeinverfügung sein.Zu diesem Rechtsbegriff s.statt vieler Forsthoff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 184 ff.

Die in Betracht kommenden Handlungen sind - neben der Spezifizierung durch das technisch bestimmte Merkmal "Einbringen von Stoffen ..."[1] begrenzt durch die Zweckbestimmung und -abgesehen von der Rechtslage in NRW - den Nichteintritt eines nachteiligen wasserwirtschaftlichen Erfolges. " Zu Zwecken der Fischerei" ist restriktiv auszulegen. Das folgt einmal aus dem Ausnahmecharakter der genannten Vorschriften, die für einen bestimmten Benutzungsausschnitt die Regel der §§ 3 I Nr. 4 und 2 WHG aufheben und zum anderen aus der Entstehungsgeschichte des § 25 WHG.[2]

Einige Landeswassergesetze nennen beispielhaft das Einbringen von Fischnahrung, Fischereigeräten und Düngemitteln. Abstrakt wird man die in Frage kommenden Handlungen folgendermaßen umschreiben können: Die Handlung muß unmittelbar und gewollt der Fischerei dienen. Es reicht nicht aus, daß die Nützlichkeit für die Fischerei nur Nebenfolge ist; andererseits ist nicht erforderlich, daß die Handlung nur der Fischerei dient. Es scheint aber richtig, als subjektives Handlungselement die Absicht und nicht nur den dolus directus, der Fischerei zu dienen, zu fordern. Unter Fischerei ist unbeschadet der besonderen Bestimmungen der Landesfischereigesetze das Hegen und Aneignen von Fischen und sonstigen nutzbaren Wassertieren, die nicht dem Jagdrecht unterliegen, zu verstehen.[3]

Nach alledem wird man unsere Ausgangsfrage nach dem Ausschluß des Wassernutzungsrechts verneinen müssen. Es handelt sich bei den angeführten Vorschriften lediglich um eine modifizierte Anwendung der grundlegenden nutzungsrechtlichen Vorschriften der §§ 3,2 WHG

1) Siehe Ausführungen S. 125 ff.
2) Der Vorschlag des Zentralausschusses der Deutschen Landwirtschaft,die Worte "zu Zwecken der Fischerei" in § 28 des Regierungsentwurfs durch den umfassenden Begriff "fischereiliche Bewirtschaftung " zu ersetzen fand keine Billigung. Im einzelnen vergl.Kolb,S. 14o
3) So Sieder- Zeitler § 25 Anm. 3.

auf einen besonderen Tatbestand und um die Einführung eines selbständigen gesetzlichen Benutzungsrechts, das man als gemeingebrauchsähnlich bezeichnen kann. [1]

---

1) Ebenso Sieder- Zeitler a.a.O. Anm. 2.

B) Die ungeschriebenen Merkmale des Rechtsbegriffs

Gewässerbenutzung

I. Benutzung als Einwirkung auf Gewässer

1. Grammatikalische Interpretation des Wortes Benutzung

Der Wortstamm ist das Verb nutzen. Durch das Präfix be-, das mit "bei" verwandt ist, ist das neue Verb benutzen geworden. Dieses ist sodann durch das Suffix -ung substantiviert worden.

Schon aus dieser formalen Wortstruktur sind Schlüsse auf den Inhalt des Wortes Benutzung möglich. So ist dem Präfix be- eine transitivierende Wirkung eigen. Zwar ist auch schon das Verb nutzen transitiv, auf eine Person oder einen Gegenstand bezogen, jedoch wird diese Ausrichtung auf ein Ziel durch die Vorsilbe be -intensiver.[1] Eine vergleichbare Veränderung im Sinne einer Intensivierung der Ausrichtung auf ein Ziel ist bei den Substantieven Nutzen zu Nutzung festzustellen. Während Nutzen ein festehendes Ergebnis bezeichnet, stellt Nutzung eine Geschehensbezeichnung dar. Diese Sinnveränderung ist typisch für das Suffix -ung.[2]

Bei der Auslegung des Wortstaummes nutzen muß also immer die durch das Präfix be- und das Suffix -ung doppelt verstärkte Zielrichtung der neuen Wortbildung

1) Ebenso, Der Große Duden Band IV S. 382.

2) Vergl. Der Große Duden a.a.O. S. 355 f.

Benutzung bedacht werden. Anläßlich der Untersuchung der Einwirkungsrichtung und- schwere der Gewässerbenutzungen wird dieser Wortsinn zu berücksichtigen sein. Nutzen ist synonym mit dem Begriff Vorteil und Gewinn.[1] Die Geschehensbezeichnung Nutzung ist ein insbesondere im Zivilrecht häufig verwandter Begriff. Er findet sich beispielsweise in den §§ 1oo, 3o1, 3o2, 987 f., 99o f., 993 des Bürgerlichen Gesetzbuches und bezeichnet hier in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Wortbedeutung nach der Legaldefinition des § 1oo BGB "die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewähren. " Die gewöhnliche Wortbedeutung geht jedoch insoweit über die Definition des § 1oo BGB hinaus, als die Nutzung ihrem Gegenstande nach nicht auf Sachen oder Rechte beschränkt ist, sich vielmehr auf alle Gegenstände erstrecken kann, und der Nutzen braucht nicht in Früchten oder Gebrauchsvorteilen zu bestehen, sondern kann irgendein Vorteil materieller oder immaterieller Art sein.

Das Wort Benutzung ist aber gerade wegen seiner Transitivität ergänzungsbedürftig. Dieser im Wasserrecht jeweils mitgedachte Gegenstand ist das Gewässer, so daß der vollständige Begriff Gewässer- Be-nutz-ung heißt. Die zwischen dem Gewässer und der Benutzung desselben stehende Beziehung muß schon nach dem gewöhnlichen Wortsinn der transitiven Geschehensbezeichnung Benutzung eine aktive, unmittelbare Einwirkung auf das Gewässer darstellen. In diesem Sinne ist das Betrachten und Genießen eines Gewässers u.U. ein Nutzen, nicht aber ein Benutzen des Gewässers.

1) So Bauer, Synonymen- Lexikon S.115.

2. Die Benutzungshandlung

a) Benutzung durch positives Tun

Der regelmäßige Fall einer Gewässerbenutzung ist, daß ein Mensch handelt, und zwar in der Form positiven Tuns handelt. Wie diese Tätigkeit rein äußerlich beschaffen sein muß, um sie als Benutzung zu qualifizieren, ergibt sich hinsichtlich der Benutzungshandlungen des § 3 I WHG aus der bereits insoweit interpretierten Vorschrift. Bezüglich der Benutzungsmaßnahmen des § 3 II WHG sind gesetzlich keine bestimmten, technischen Tätigkeitsmerkmale vorgeschrieben. Was jedoch unter dem Begriff menschliche Handlung zu verstehen ist unterliegt manchem Zweifel und Meinungsstreit. Hierauf soll in einem unserer Untersuchung angemessenen Umfang eingegangen werden :

Zunächst muß es sich um ein rechtliches Verständnis dieses Begriffs handeln. Der unterschiedlich definierte und formulierte philosophische Handlungsbegriff interessiert hier ebensowenig wie der physikalische. Insbesondere in der Strafrechtsdogmatik ist der Rechtsbegriff Handlung Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen und ist das auch heute noch. Die Bedeutung dieser Untersuchungen geht über den Bereich des Strafrechts hinaus, und ihre Ergebnisse sind beispielsweise auch für die Frage, was Gegenstand verwaltungsrechtlicher Beurteilung sein k a n n, erheblich. Im Vordergrund stehen die kausale und die finale Handlungslehre. Dazwischen und daneben stehen die verschiedensten Theorien, denen allen jedoch eine Ausrichtung auf normative Elemente verschiedenster Art gemeinsam ist. [1)]

1) Siehe Fikentscher, Lehrbuch des Schuldrechts S. 549 Bockelmann,Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme S. 23; H.Mayer,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil , S. 42.

Die in der Strafrechtsdogmatik herrschende kausale Handlungslehre [1] versteht unter Handlung ein körperliches Verhalten, das vom Willen beherrscht ist. In Übereinstimmung hiermit umschreibt Larenz [2] den allgemeinrechtlichen Handlungsbegriff ebenfalls als eine vom Willen beherrschbar gedachte menschliche Tätigkeit, die objektiv der Tat zugerechnet werden kann. Unerheblich ist, ob der Handelnde die Handlung in gerade dieser Form und mit gerade diesem Erfolg wollte. Die Rechtsqualität der Tätigkeit als Handlung bleibt hiervon unberührt. Eine andere Frage ist es, wie die Handlung, die, weil sie eine Handlung ist, Gegenstand rechtlicher Beurteilung sein kann, im Einzelfall rechtlich zu qualifizieren ist. Dies hängt u.a. von den jeweilig verschiedenen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen ab.

Nicht angängig erscheint es, den finalen Handlungsbegriff als einen für das Recht überhaupt allgemeingültigen Handlungsbegriff zu verwenden. Im wesentlichen liegt der finalen Handlungslehre folgender Gedankengang zugrunde. [3] Der Mensch handelt wegen seines Wissens um Kausalabläufe nur planvoll auf ein bestimmtes Ziel hin. Sein Verhalten wird also vom (finalen) Willen gesteuert.("Ausübung der Zwecktätigkeit"). Dieser finale Handlungswille ist, nach Ansicht der Finalisten, eine dem Recht vorgegebene ontologische Handlungsstruktur. Daraus muß geschlossen werden, daß auch mit Gültigkeit für das Wasserrecht nach der finalen Handlungslehre eine Gewässerbenutzung als menschliche Tätigkeit nur vorliegen kann, wenn der Handelnde planvoll auf gerade dieses Ziel hin tätig wird. [4]

- 17o -

1) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem. II 1- 6, Mezger,Strafrecht allgem.Teil S.47.
2) Lehrbuch des Schuldrechts, besonderer Teil S. 352.
3) Vergl.Welzel, Das neue Bild des Strafrechts S. 1 ff. Niese, Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung, DRiZ 1951 S.221;1952 S. 21.
4) Im Ergebnis wird sich das auch im wesentlichen als richtig erweisen, aber nicht wegen der angeblich ontologisch finalen Struktur jedes menschl.Handelns sondern wegen d.rechtlichen -nicht ontologischen- Eigenart.

Das Für und Wider dieser beiden Meinungen kann und muß hier nicht diskutiert werden. Nur die entscheidenden Argumente sollen kurz vorgetragen werden: Der finale Handlungswille führt zumindest dann, wenn er mit dem tatbestandsbezogenen Vorsatz identifiziert wird zu einer wertenden Betrachtung der Handlung. Sie wird bereits durch rechtliche und soziologische Begrenzungen gefiltert. Das aber hat zur Folge, daß aus dem als objektives Arbeitsintrument gedachten Handlungsbegriff ein relativer Zweckbegriff wird, dessen Relativität Roxin [1] als "ein rechtlich-normatives Gebilde par excellence " bezeichnet. Unterscheidet man aber, wie Welzel [2] neuerdings, zwischen Tatbestandsvorsatz und finalem Handlungswillen derart, daß Finalismus auch dann vorliegt, wenn der Täter e t w a s gewollt hat, gleichgültig w a s , so scheint zumindest für die Fälle, in denen das Gesetz eine vorsätzliche Begehungsweise fordert, der Widerspruch zwischen kausaler und finaler Handlungslehre zugunsten der ersteren aufgehoben zu sein. [3] Die Schwierigkeiten der finalen Handlungslehre, die finale Handlung bei den fahrlässig begangenen Taten zu erklären, sind bekannt. [4]

Man wird daher den von der kausalen Handlungslehre entwickelten Handlungsbegriff mit Larenz als für das Recht überhaupt verbindlichen Abgrenzungsbegriff akzeptieren und Schönke [5] auch darin beipflichten können, daß der Handlungsbegriff seinen Zweck darin erfüllt, diejenigen Tätigkeiten als Nicht-Handlungen im Rechtssinne auszuscheiden, die nicht vom

1) Zur Kritik der finalen Handlungslehre in ZStW 74, 527.
2) Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft S. 1o.
3) Ebenso Ordeig, Finalität und Vorsatz NJW 1966, 534.
4) Siehe Anm. 1.
5) A.a.O. Vorbemerkung II 3 und 6; ebenso Gallas in ZStW 1967 S. 15.

Willen des Handelnden verursacht sind.

Zu den Nichthandlungen gehören zunächst die sogenannten Reflexhandlungen, also beispielsweise Bewegungen im Schlaf oder im Krampfzustand, in dem ein willkürliches Handeln nicht möglich ist. In diesen Fällen liegt also keine Benutzungshandlung im Rechtssinne vor, so daß es auf das Fehlen anderer Benutzungselemente nicht mehr ankommen kann. Auch wenn diese Fälle in der Praxis nicht sonderlich häufig vorkommen werden, so sollen sie der grundsätzlichen Klärung des Problems wegen auch in Form einiger Beispiele kurz angesprochen werden. Wenn ein Angestellter eines Klärwerkes im Schlaf oder während eines epileptischen Anfalles den Knopf oder Hebel bewegt, durch den Abwasser in den Vorfluter freigegeben wird, dann ist hierin keine Benutzungshandlung zu sehen (unbeschadet einer Gewässerbenutzung durch Anlagen). Das gleiche gilt, wenn jemand in diesem oder einem ähnlichen Zustand einen Behälter mit giftigen Stoffen in ein Gewässer gelangen läßt. Entscheidend ist jedoch immer, daß die ausschlaggebende Ursache für die Einwirkung auf ein Gewässer gerade in diesem nicht vom Willen beeinflußten Zustand gesetzt worden ist. Es ist methodisch nicht richtig und kann überdies zu falschen Ergebnissen führen, wie noch zu zeigen sein wird, wenn zur Ausscheidung der Nichtbenutzungen etwa darauf abgestellt wird, ob ein "Unglücksfall" oder eine bewußte Gewässerinanspruchnahme vorliegt. Ein Großteil der Gewässerbenutzungen sind sog. Unglücksfälle.

Von einer Handlung im Rechtssinne kann auch dann nicht gesprochen werden, wenn die Bewegung durch gewaltsame mechanische Einwirkungen von der Intensität der vis absoluta verursacht wird. Ein Beispiel hierfür ist, daß ein Personenkraftwagen von einem anderen angefahren und durch den Aufprall in ein Gewässer

gestoßen wird. Für den auffahrenden Kraftfahrzeugführer ist das jedoch eine Handlung und er kann, wenn bestimmte objektive Handlungselemente vorliegen, durchaus Benutzer eines Gewässers sein.

b) Benutzung durch Unterlassen

Gieseke [1] ist der Ansicht, daß "das Handeln auch hier wie sonst in einem Unterlassen bestehen kann," und führt als Beispiel für eine Gewässerbenutzung durch Unterlassen das Nichtschließen eines Absperrschiebers für eine Abwasserleitung an. Hierzu ist zu sagen, daß es ein Handeln durch Unterlassen begrifflich nicht gibt. Handeln heißt Ursachen ersetzen, Unterlassen bedeutet keine Ursachen setzen. Das eine schließt das andere aus. [2] Als Gewässerbenutzung aber kommt nur -und dies bedarf keiner Begründung- ein Handeln im oben beschriebenen Sinne in Betracht. Es ist daher einzig richtig, zu fragen, ob die gesetzten Ursachen eine Benutzungshandlung darstellen. Im Beispiel von Gieseke muß diese Fragestellung daher lauten : Ist das Öffnen des Absperrschiebers eine Gewässerbenutzung? Der für die rechtliche Beurteilung entscheidende Zeitpunkt ist also immer der Augenblick der Handlung. Neben dieser am Handlungsbegriff orientierten Argumentation spricht gegen die Richtigkeit der Ansicht Giesekes -oder zumindest gegen seine Formulierung -auch noch der mit dem Benutzungsbegriff verfolgte Zweck : Er ist Qualifikationsmaßstab für Handlungen, die unter dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 2 WHG stehen. B e v o r jemand auf ein Gewässer einwirkt, muß er ggf. eine

1) Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht, ZfW 1962 S.9.

2) Schönke-Schröder a.a.O. Vorbemerkung II 1 mit weiteren Literaturhinweisen:
"Handlung und Unterlassung stehen sich als A und non A gegenüber."

Erlaubnis oder Bewilligung beantragen. Daher kann es für die Frage der wasserrechtlichen Relevanz auch nur auf den Zeitpunkt der Handlung und nicht auf den des Erfolgseintritts ankommen, wie dies aber die Formulierung "Unterlassen" und "Nichtschließen" nahelegen.

Gleiches gilt für das "Ausnutzen" -i.S. von Geschehenlassen- einer bestimmten Situation . Auch hierin kann niemals eine Benutzungshandlung liegen. Wer also untätig, wenn auch freudig überrascht zusieht, wie der über die Ufer getretene Bach seine Felder bewässert, leitet kein Wasser aus einem oberirdischen Gewässer ab und erfüllt auch sonst keinen Benutzungstatbestand, es sei denn, er habe bereits vor der Auseuferung Handlungen vorgenommen, die sich als Gewässerbenutzungen darstellen.

3. Andere Gewässereinwirkungen

a) Durch Anlagen

Die Benutzung eines Gewässers durch oder mittels besonderer Anlagen ist die heute typische Benutzungsform. Sie ist vielmehr nicht die zahlenmäßig häufigste da insbesondere viele gemeingebräuchliche Benutzungen manuell ausgeführt werden, jedenfalls ist sie die mit Abstand wichtigste Benutzungsform. Mittels Brunnen, Pumpen, Leitungen und technisch so aufwendigen Apparaturen wie Wasserwerken, Klärwerken und Talsperrenanlagen werden heute die Gewässer in Anspruch genommen. Gegenüber der bereits dargestellten Benutzungshandlungen i.e.S. ergeben sich hier aber keine Besonderheiten. Denn von einer Gewässerbenutzung kann stets nur dann gesprochen werden, wenn hinter der Anlage -mag es sich um eine mechanische oder quasi automatisch arbeitende handeln, -ein dirigierender Mensch steht. Die Anlage ist also insofern immer nur ein Werkzeug in der Hand des Benutzers.

Die hier auftretenden Rechtsprobleme sind anderer Art: einmal wird die Besonderheit der Einwirkung durch Anlagen auf die Gewässer unter dem Gesichtspunkt der Einwirkungsrichtung zu untersuchen sein. [1] Und zwar gilt das nicht nur für die unechte Benutzung des § 3 II Nr. 1 WHG, deren Tatbestand Einwirkungen durch Anlagen voraussetzt, sondern für alle Benutzungstatbestände. Zum anderen ergibt sich ein spezifisches Zurechnungsproblem, nämlich die Frage nach dem Benutzer, dem wasserwirtschaftlichen Unternehmer. Nur dieser muß und kann Inhaber einer Erlaubnis oder Bewilligung sein, nur er ist nach § 22 WHG schadensersatzpflichtig und nach §§ 38 ff. strafbar, [2] nur ihm kommt die Präklusionswirkung des § 11 WHG zugute usf.

b) Durch Naturvorgänge

Die Gewässer, die, und das ist u.a. Voraussetzung ihrer Gewässereigenschaft, in einem natürlichen Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt der Natur stehen, unterliegen dauernden Veränderungen durch Naturvorgänge. Daß hierin jedoch keine Benutzungshandlung zu sehen ist, es sei denn, der Mensch greife beeinflussend ein, ist evident.

4. Der Benutzungsgegenstand

Nachdem die in Betracht kommenden Benutzungshandlungen hinsichtlich ihres äußeren Erscheinungsbildes dargestellt worden ist, soll nun das Objekt der Benutzung besprochen werden. Nicht ausreichend wäre es, sich mit dem Hinweis darauf zu begnügen, nur das

---

1) Vergl. Ausführungen S. 181 ff.

2) Zu den Einzelheiten -auch zu den Ausnahmen der obigen Regel- vergl. Kohlhaas, Das Strafrecht und die Gewässer, ZfW1964 S. 49 ff.

oberirdischer Gewässer in seinen oben aufgezeigten Grenzen und das Grundwasser könne Benutzungsgegenstand sein; denn aus der Verschiedenartigkeit der Benutzungsobjekte -Wasser als Substanz, Wasser in seiner örtlichen Lage, Gewässerbett usf.- ergeben sich auch unterschiedliche Anforderungen an die Art der Einwirkung auf das Gewässer, wie die Darstellung der Tatbestandsstruktur der echten und unechten Benutzungen zeigen wird.

a) Wasser als Benutzungsgegenstand in verschiedener Hinsicht

aa) Quantitativ

Es liegt auf der Hand, daß in erster Linie das ober- und unterirdische Wasser benutzt wird. Dabei ist, wenn die Benutzungstatbestände des § 3 I Nr. 1,4,5, 6 WHG vorliegen, die Benutzung auf eine Vermehrung oder Verminderung der Substanz Wasser gerichtet. Für die Benutzungen des § 3 I Nr. 4 WHG muß das allerdings nicht immer der Fall sein. Abgesehen davon, ob man das Einbringen fester Stoffe in das Wasser eines oberirdischen Gewässers noch unter der Rubrik Vermehrung oder Verminderung der Substanz Wasser - Wasser ist hier zwar ein wesentlich von der Verkehrsauffassung mitbestimmter wasserwirtschaftlicher und nicht chemischer Begriff- fassen kann, so sind jedenfalls Fälle nicht nur denkbar, sondern kommen auch nicht selten tatsächlich vor, in denen durch die Einleitung flüssiger oder gasförmiger Stoffe das Volumen des Wassers nicht vergrößert oder verkleinert wird. Das ist zunächst dann gegeben, wenn das oberirdische Gewässer vorübergehend kein Wasser führt. Eine Gewässerbenutzung liegt dann gleichwohl vor, nur ist nicht das Wasser Benutzungsgegenstand. Aber auch wenn das Gewässerbett Wasser

enthält, wird die Einleitung gasförmiger Stoffe wegen des im Verhältnis zum Wasser geringeren spezifischen Gewichts der Gase nur für ganz kurze Zeit zu einer quantitativen Veränderung des Wassers führen. Zu dem entsprechenden Ergebnis gelangt man in dem Fall, daß bei Niedrigwasser feste Stoffe in den von der Wasseroberfläche, dem Gewässerbett von der Wasseroberfläche bis zu den Uferlinien und der waagerechten Verbindungslinie der Uferlinien umgrenzten Luftraum eingebracht werden. Ist gem. § 3 I Nr. 5 WHG das Grundwasser betroffen, dann ist in den meisten Fällen nur eine durch Verdrängung bewirkte Ortsveränderung des Wassers festzustellen. Überhaupt kann man sagen, daß alle Benutzungen des Grundwassers mit Ausnahme der Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG objektiv auf eine Veränderung der Lage des Wassers ebenso stark, wie auf eine quantitative Veränderung gerichtet sind.

Bevor jedoch auf den Benutzungsgegenstand Wasser in einer bestimmten örtlichen Lage eingegangen wird, soll zunächst noch ein in den gerade besprochenen Zusammenhang gehörender Fall angesprochen werden: Der Wasserstand eines oberirdischen Gewässers steigt über die Uferlinie hinaus und -im zweiten Fall- das Wasser steigt über die obere Böschungskante und überschwemmt die Ufergrundstücke. Hier ist fraglich, ob das außerhalb der Grenzen des Gewässers befindliche Wasser in mengenmäßiger Hinsicht Benutzungsgegenstand sein kann. Denn bis auf § 3 II Nr. 2 WHG beziehen sich alle einschlägigen Benutzungstatbestände nur auf das oberirdische Gewässer oder das Wasser in oberirdischen Gewässern. Sieht man nur vom Benutzungsgegenstand her das Entnehmen oder Ableiten von Wasser auf den überschwemmten Grundstücken und das Einbringen und Einleiten von Stoffen in das eben dort befindliche Wasser, die immer notwendig auch zu einer quantitativen Veränderung des Wassers im Gewässer führen müssen, da durch Veränderung solcher Art naturgesetzlich notwendig eine

Änderung des Wasserstandes eintritt, so möchte man auch in diesen Handlungen eine Gewässerbenutzung nach § 3 I Nr. 1 oder Nr. 4 WHG erblicken. Allein nur vom Benutzungsgegenstand her läßt sich die Frage nicht beantworten. Entscheidend ist vielmehr, wie eine Einwirkung auf ein Gewässer objektiv beschaffen sein muß, um sie als Gewässerbenutzung zu qualifizieren. Das soll im nächsten Abschnitt untersucht werden. [1)]

bb) Veränderung der örtlichen Lage

Die nächste Gruppe der Benutzungen des Wassers der oberirdischen Gewässer und des Grundwassers haben das Wasser in einer bestimmten örtlichen Lage zum Gegenstand. Das trifft zunächst für das Aufstauen und Absenken oberirdischer und unterirdischer Gewässer zu, gilt aber auch für das Umleiten von Grundwasser nach § 3 II Nr. 1 WHG und in Baden- Württemberg gem.§ 13 I Nr.4 BadWürttWG für die nicht nur vorübergehende und geringfügige Freilegung ist die Veränderung des Wasserstandes oder der Lage des Wassers.

cc) Qualitativ

Schließlich kann das Wasser auch noch in seiner jeweiligen qualitativen Beschaffenheit Objekt der Benutzung sein. Gerade der Fall, der als occasio legis des § 3 II Nr. 2 WHG bezeichnet werden kann,- die Verseuchung des Wassers durch radioaktive Stoffe- [2)] zeigt daß ausschließlich eine qualitative, nicht aber eine mengenmäßige oder örtliche Veränderung stattfindet.

1) Vergl. Ausführungen S. 181 ff.

2) Siehe schriftlicher Bericht,BT- Drucks.3536, S.9: "...insbesondere ist dabei an eine Beeinflussung des Grundwassers durch radioaktive Stoffe gedacht."

Entsprechendes, aber nicht in dieser Ausschließlichkeit gilt für § 13 I Nr. 5 BadWürttWG, wonach das Versickern, Verrieseln und Verregnen von Stoffen, die die Eigenschaften von Wasser nachteilig verändern können, erlaubnis- oder bewilligungspflichtig sind.

In den meisten Fällen wird das Wasser sowohl als Substanz, wie in seiner örtlichen Lage als auch in seiner gütemäßigen Beschaffenheit in Anspruch genommen. Dann muß die Handlung, um eine zutreffende Beurteilung der Erlaubnispflicht zu ermöglichen, daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit sie objektiv in erster Linie auf einen der verschiedenen Gegenstände gerichtet ist. So ist beispielsweise das Einleiten flüssiger Stoffe in ein oberirdisches Gewässer i.d.R. auch ein Aufstauen und häufig auch eine negative Beschaffenheitsveränderung. [1)]

b) Andere Gewässerbestandteile als Benutzungsgegenstand

Außer dem Wasser kann auch das Gewässerbett, ein notwendiger Bestandteil der öffentlichen Sache "in Betten fließendes oder stehendes Wasser," benutzt werden. Nach der Sonderregelung des § 13 I Nr. 3 BadWürttWG gilt das Entnehmen fester Stoffe aus einem öffentlichen Gewässer, auch wenn es nicht auf den Zustand des Gewässers oder den Wasserabfluß einwirkt, als Benutzung.

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Benutzungsgegenstandes bei den unechten Benutzungen der §§ 13 I Nr. 1, 2 BadWürtt- und 15 I Nr.1,2 HessWG. Während bei den Tatbeständen des § 3 II WHG das konkretisierte Benutzungsobjekt durch Ermittlung der Einwirkungsrichtung relativ einfach anzugeben ist, läßt sich

1) Vergl.die Ausführungen zu dem Verhältnis der Benutzungstatbestände zueinander auf S. 238 ff.

diese Sonderregelung nicht in eine der obigen Gruppen der Benutzungsgegenstände einordnen. Das Herstellen und Betreiben der in den §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG genannten Anlagen, sowie das Errichten und Betreiben von Fähren sind zwar im weitesten Sinne auch Handlungen, die objektiv auf ein oberirdisches Gewässer gerichtet sind. Eine hierüber hinausgehende, aussagekräftige Qualifizierung erfordert aber tiefergehende Analysen der Einwirkung.

c) Die wasserwirtschaftlich begründete Gewässereinwirkung

Die Darstellung der möglichen Benutzungsgegenstände zeigt, daß die Gewässerbenutzung eine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme beinhaltet. Lediglich bei den im Zusammenhang mit der Prüfung ihrer Rechtsgültigkeit näher zu behandelnden sog. unechten Benutzungstatbeständen der §§ 13 I Nr.1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG scheint das anders zu sein.

In § 4o I Nr. 1 PrWG von 1913 war dieses Merkmal der Gewässerbenutzung mit "Gebrauch oder Verbrauch" umschrieben. Fraglich ist, ob diese Begriffe auch für den neuen Benutzungsbegriff taugliche Bestimmungskriterien sind. Das wird ohne weiteres zu verneinen sein. Denn, obwohl dieser Begriff im PrWG weit ausgelegt wurde, diente er lediglich dazu, eine von vielen möglichen Benutzungsgruppen zu umschreiben. Und zwar sollten nur diejenigen Benutzungen eingegrenzt werden, die die Verwendung der Substanz Wasser selbst zum Gegenstand hatten [1] und, weil es sich hierbei um die naheliegensten und wichtigsten Gewässerinanspruchnahmen handelte, dem

1) Vergl. Holtz-Kreutz- Schlegelberger § 4o Anm. 5.

"Eigentümer als solchem" zustand (§ 4o PrWG). Mit Rücksicht auf die Spezialität und Exklusivität der gesetzlichen Benutzungstatbestände ist eine erweiternde Auslegung der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG mittels der Bedeutung des Wortes Benutzung im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht zulässig. [1] Aber eine einschränkende Auslegung der Benutzungstatbestände ist gerechtfertigt. So haben auch Gieseke a.a.O. und das von ihm ebenda besprochene Urteil des BVerwG die Schiffahrt nicht als Gewässerbenutzung qualifiziert weil dieser Gewässerinanspruchnahme die wasserwirtschaftliche Begründung fehlt.

Der Begriff Wasserwirtschaft ist jedoch, wie oben [2] dargelegt wurde, komplex und wenig aussagekräftig. Er entspricht dem Begriff Wasserhaushalt. [3] Wenn das BVerfG a.a.O. zutreffend ausführt, die Ordnung des Wasserhaushalts erfordere eine allgemeinverbindliche Normierung derjenigen menschlichen Einwirkungen auf Oberflächen- und Grundwasser, die die Menge und die biologische und chemische Beschaffenheit des Wassers zu beeinflussen vermögen, so ist festzustellen, daß der Gesetzgeber diesen Ordnungszweck bei den meisten Benutzungstatbeständen zum Anlaß und Gegenstand seiner Regelung gemacht hat. Aber auch soweit Benutzungsgegenstand die Veränderung der örtlichen Lage des Wassers ist, ist die wasserwirtschaftliche Zweckverfolgung durch Statuierung eines präventiven Benutzungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt konsequent beibehalten. Denn in diesen Fällen wird ja immer zugleich mit der Veränderung der örtlichen Lage -z.B. Aufstauen, Absenken, Umleiten-auch das Wasserangebot in der konkreten Situation in mengenmäßiger Hinsicht verändert.

---

1) Ebenso Gieseke, Anm.zum Urteil des BVerwG vom 1o.12.1965, ZfW 1966, 1o3.

2) Vergl. Ausführungen S. 32 ff.

3) So BVerfG in DÖV 1962, 863 ff.

Auch das Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern, soweit das auf den Wasserabfluß oder den Zustand des Gewässers einwirkt (§ 3 I Nr. 3 WHG) ist zweifelsfrei eine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme in dem oben dargelegten Sinne.

5. Einwirkungsrichtung der sogenannten echten Benutzungen

a) Das Merkmal der "objektiven Finalität"

Nicht jede Handlung, die ein Gewässer in der soeben beschriebenen Art zum Benutzungsgegenstand hat, ist eine Gewässerbenutzung im Rechtssinne. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen: Wenn ein Kraftwagen von der Straße abkommt und in ein Gewässer gerät, dann wird man hierin kein Einbringen fester Stoffe in ein oberirdisches Gewässer gem. § 3 I Nr. WHG oder einen anderen Benutzungstatbestand erblicken können. Gleiches muß gelten, wenn jemand einen Damm errichten will, und das hierzu benötigte Baumaterial gelangt in das Gewässer. [1)]

Um diese Fälle als Benutzungen auszuscheiden, ist als Abgrenzungskriterium vorgeschlagen worden, die Handlung müsse "schon äußerlich nach ihrer objektiven Eignung auf das Hineingelangen (in ein Gewässer) gerichtet " [2)] oder in diesem Sinne "objektiv final" [3)] sein. Wann das jedoch der Fall ist, und welche Maßstäbe hier anzulegen sind, wird nicht gesagt.

- 182 -

---

1) Dieser Fall liegt dem Beschluß des OLG Hamm,ZfW 1963 S.316 ff. zugrunde.
Zustimmend Anm. von Wernicke,ZfW 1963 S.318 und Bestätigung durch BGH NJW 1966 S. 2o15.

2) So Gieseke,Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht, ZfW 1962 S.8.

3) So Larenz,Die Schadenshaftung nach dem WHG im System d.zivilr.Haftungsgründe,VersR 1963 S.594.
Fortsetzung d.Anm. auf der folg.Seite.

Zunächst ist festzustellen, daß eine derartige Einengung des Benutzungsbegriffs nur für die echten Benutzungen zutreffend und auch erforderlich sein kann, da ein Charakteristikum der unechten Benutzungen die Möglichkeit der nur mittelbaren Gewässereinwirkung ist, und eben diese Mittelbarkeit die "objektive Finalität" ausschließen kann.

Wann die objektive Ausrichtung einer Handlung auf ein Gewässer vorliegt, ist relativ einfach zu beantworten, wenn sich der Benutzer bestimmter Benutzungsanlagen bedient. Denn durch die Anlagen und ihre spezifischen Funktionen läßt sich auch die objektive Determination der Handlung feststellen. So muß beispielsweise die Einleitung von Abwasser in eine gemeindliche Kanalisation, die via Kläranlage in einen Vorfluter führt, als objektiv auf ein Gewässer, nämlich den Vorfluter, gerichtete Handlung angesehen werden. [1] Eine echte Benutzung nach § 3 I Nr. 4 WHG liegt i.d.R. gleichwohl aus anderen, unten zu behandelnden Gründen nicht vor.

Wird die Einwirkung nicht mittels besonderer Anlagen vorgenommen, so fällt es schon schwerer, das konstitutive Benutzungsmerkmal der objektiven Finalität

---

noch Anm. 3 von S.181)
Im Anschluß hieran ebenso Abt.Das haftungsrechtliche Problem der mittelbaren Einleitung, RdWaWi, Heft 12 S.1o3;Wernicke,Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 1962, S.274 f.

1) A.A.Abt.a.a.O.S. 1o5.

Wie hier OLG Karlsruhe,NJW 1967 S.1335 mit überzeugender Begründung,soweit es sich um das Merkmal der "objektiven Finalität" handelt.Obwohl der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist, wird die eigentliche Problematik nicht erkannt. Gemeint ist hier die als Kausalitätsproblem verstandene Unmittelbarkeit der Einwirkung.
Der BGH,ZfW 1972,222 stimmt im Ergebnis zu,ohne zu dem Erfordernis "objektive Finalität" abschließend Stellung zu nehmen.

der Einwirkung auszumachen. Zwei Gesichtspunkt sind hier jeweils kumulativ zu beachten : Zum ersten ist zu prüfen, ob die Handlung der tatbestandsmäßigen technischen Ausführungsart entspricht. In dem Beispielsfall, daß ein Kraftfahrzeug versehentlich von der Fahrbahn abkommt und in ein Gewässer gerät, ist also zwischen "Einbringen" und "Hineingelangen" als objektiv verschiedenen Handlungen oder Geschehnissen zu unterscheiden.

b) Gewässereinwirkung und Gewässerinanspruchnahme

Außerdem ist, und hier überschneiden sich die beiden Abgrenzungsmerkmale, immer der transitive Inhalt des Benutzungsbegriffs zu beachten. Diese Transitivität bekommt Eigengewicht im Sinne eines praktikablen Differenzierungsmerkmals, wenn weniger nach dem Vorliegen einer Einwirkung auf Gewässer, als vielmehr nach einer Gewässerinanspruchnahme gefragt wird; denn die Inanspruchnahme entspricht der Nutzung und beiden ist im Gegensatz zur Einwirkung das objektive Moment der Vorteilserstrebung im weitesten Sinne eigen. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß auch eine entsprechende subjektive Einstellung des Handelnden erforderlich ist. [1)]

1) Im einzelnen siehe Ausführungen S. 232 ff.

II. Unmittelbarkeit der Einwirkung bei den sog. echten Benutzungen

1. Problemstellung

Es empfiehlt sich, in diesem Zusammenhang wegen der schon im gesetzlichen Tatbestand zum Ausdruck kommenden Verschiedenheit -im § 3 I WHG heißt es "Benutzungen" im Absatz II der Vorschrift hingegen "Einwirkungen"- auch hier zwischen den echten und unechten Benutzungen zu unterscheiden.

Im Mittelpunkt der bisherigen Untersuchungen steht die Frage, ob die Einwirkung auf das Gewässer unmittelbar sein muß, oder ob auch eine mittelbare Einwirkung eine sog. echte Benutzung darstellen kann. Der praktisch bedeutsamste Fall, an dem das grundsätzliche Problem meistens expliziert wird, ist die Einleitung giftiger Stoffe in eine gemeindliche Kanalisation, von wo sie dann in den Vorfluter gelangen und dessen Wasser verunreinigen. Zweifelhaft ist, ob der Kanalisationsbenutzer sich damit nach § 22 I WHG ersatzpflichtig und nach § 38 I Nr. 1 WHG strafbar machen kann.

Allerdings ist dieses Problem keineswegs auf den Tatbestand des Einbringens und Einleitens von Stoffen in oberirdische Gewässer und des Einleitens von Stoffen in das Grundwasser beschränkt. Vielmehr kann durch jede der in § 3 I WHG nach ihrer äußeren, technischen Ausführungsart beschriebenen Handlungen ein Gewässer mittelbar in Anspruch genommen werden. Diese Mittelbarkeit kann sachlicher und personeller Art sein. Ein extremes, aber gerade darum verdeutlichendes Beispiel ist die Benutzung der vom städtischen Wasserwerk gespeisten Wasserleitung im Haus. Das Wasserwerk fördert Grundwasser oder leitet Wasser aus einem oberirdischen Gewässer und benutzt damit ein Gewässer nach § 3 I Nr. 6 oder 1 WHG. Im Aufdrehen des Wasserhahns in dem an die

städtische Versorgungsleitung angeschlossenen Haus liegt nun eine sachlich und personell mittelbare Gewässerbenutzung, die aber als Benutzung gefaßten Wassers selbstverständlich nicht unter §§ 3, 2 WHG fällt. Eine andere, rechtsgeschichtlich interessante Fallgruppe ist im Gegensatz zu dem obigen Beispiel schon rechtlich erwägenswert. Gedacht ist an die mittelbare Benutzung oberirdischer Gewässer durch Benutzung des Grundwassers, die unter der Geltung des PrWG der unmittelbaren Benutzung gleichgestellt war. Während hier nur die Frage auftaucht, ob eine Benutzung des ober- oder unterirdischen Gewässers vorliegt, so geht es in den anderen Fällen der mittelbaren Benutzung um die Frage nach der Benutzung i.S.d.§§ 3 WHG, 13 BadWürtt-und 15 HessWG überhaupt. Aus diesem Grunde bedarf dieses Problem einer gründlichen Auseinandersetzung.

2. Die Rechtslage unter der Geltung des PrWG von 1913

Nach § 196 PrWG konnte der Grundstückseigentümer grundsätzlich frei über das unter dem Grundstück befindliche Grundwasser verfügen. Er war nur durch die §§ 2oo ff. PrWG hierin beschränkt. [1] Auf der anderen Seite unterstanden die Wasserläufe -eine Unterteilung in oberirdische und unterirdische Gewässer kannte das PrWG nicht -einem entschieden weitergehenden Schutz durch öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Benutzungsbeschränkungen. [2] Da nun das Grundwasser und das im Wasserlauf befindliche Wasser regelmäßig in

1) Zur Rechtslage in den übrigen deutschen Ländern unter der Geltung der alten Landeswassergesetze vergl. Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 2oo Vorbem.

2) Vergl. hierzu Ausführungen S. 121

wechselseitiger Abhängigkeit und Beeinflussung stehen, hätte also die Möglichkeit bestanden, ohne rechtliche Beschränkung beispielsweise Grundwasser, das Zufluß aus einem Wasserlauf hat, zu fördern und damit mittelbar Wasser aus dem Wasserlauf abzuleiten. In erster Linie um diese unbefriedigende Konsequenz zu vermeiden, ist im § 4o II Nr. 1,2 PrWG die unmittelbar Ein- und Ableitung der mittelbaren gleichgestellt worden. [1)]

Da die neuen Wassergesetze mit Rücksicht auf die überragende Bedeutung des Grundwassers als Trinkwasserreservoir und in bewußter Abkehr von der Regelung des PrWG das Grundwasser einer noch umfassenderen Benutzungsbeschränkung unterworfen haben, als dies bei den oberirdischen Gewässern der Fall ist, bestand insofern kein Anlaß, nur mittelbare Gewässereinwirkungen als Benutzungen zu behandeln. Das praktische Bedürfnis für die modifizierte Anerkennung mittelbarer Gewässereinwirkungen als Benutzungen kann sich jedoch heute aus anderen Gesichtspunkten ergeben.

3. Das Merkmal der Unmittelbarkeit in Rechtsprechung und Literatur

Insbesondere zu den oben angesprochenen Fällen der mittelbaren Einwirkung auf Gewässer durch Einleitung in gemeindliche oder verbandliche Abwasseranlagen werden von Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen folgende Meinungen vertreten:

1) So Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 4o Anm 5; Schlegelberger, Mittelbare Ableitung und Talsperrenklausel nach dem PrWG, S.1.

a) Die Vorsatztheorie

Grundlage der Erörterungen ist nach der zutreffenden und ganz herrschenden Meinung [1] die Identität der Begriffe Einbringen und Einleiten in allen Vorschriften des WHG und auch der Landeswassergesetze.

Eine Mindermeinung, die man als Vorsatztheorie bezeichnen könnte, geht nun davon aus, daß die Gemeinde, die eine Kanalisation und Kläranlage betreibt, durch die Zuführung der Abwässer aus der Kläranlage in den Vorfluter nur unter bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen den Tatbestand der Einleitung von Stoffen in ein oberirdisches Gewässer erfüllt, und daß bei Fehlen dieser Voraussetzungen der Benutzer der Kanalisation Gewässerbenutzer nach § 3 I Nr. 4 WHG sein kann und ihn die Ersatzpflicht des § 22 I WHG und die Strafandrohung des § 38 I Nr. 1 WHG treffen kann. Von einer Einleitung, so wird argumentiert, [2] könne nur gesprochen werden, wenn wissentlich und willentlich Stoffe einem Gewässer zugeführt würden. Bei dem Betreiber einer Kläranlage seien somit nur die Stoffe erfaßt, die entsprechend der Orts- (oder) Verbandssatzung in die Kanalisation abgeführt werden dürften. Eine Zuwiderhandlung gegen die Ortssatzung sei daher zugleich ein Verstoß gegen § 22 I WHG. Im übrigen könne in diesem Fall der Kanalisationsbenutzer nicht anders behandelt werden, wie wenn er sich zur Einleitung seiner Stoffe in das Gewässer einer eigenen Abwasserleitung bedienen

1) Vergl. Ausführungen S. 125 f.

2) So Michaelis, Zur wasserrechtlichen Haftung der Gemeinden, GWF 1961 S.726; Boehme, Zur Haftung der Gemeinden für Abwasserschäden, BadWürttVBl. 1962 S.49 Franz Otto, Die Haftung des Kanalisationsbenutzers nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes DVBl. 1963 S. 323 f.
Im Ergebnis ebenso Sieder-Zeitler § 3 Anm.3, die der Ansicht sind, auf die Herrschaft über bestimmte Benutzungsanlagen könne es nicht ankommen.

würde. v.Wick [1] kommt für den Fall, daß Kanalisation und Kläranlage nicht von der gleichen Person betrieben werden, oder es sich um eine Flußkläranlage [2] handelt, zu dem gleichen Ergebnis, indem er das Vorliegen des Tatbestandes der Einleitung mit der Begründung verneint, die Kläranlage wirke nur wie ein Filter, und das Abwasser werde nur durch die Anlage hindurch geführt, nicht aber von ihrem Betreiber eingeleitet. [3]

Die strafrechtliche Verantwortung des Kanalisationsbenutzers bei einem Verstoß gegen die Orts- oder Verbandssatzung, der zu einer Gewässerverunreinigung führt, wird damit begründet, das WHG unterscheide nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer Einleitung. [4] Im wesentlichen wird mit der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft gearbeitet; [5] eine Auseinandersetzung mit den wasserrechtlichen Begriffen Einleiten

1) Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden, ZfW 1962, S.94 ff.

2) Zu diesem Begriff siehe Wick a.a.O. S.96.

3) Zustimmend Abt. Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden, ZfW 1963 S.158.
Die Autorin betont jedoch ausdrücklich, daß im Falle des Auseinanderfallens von Kanalisations- und Klärwerkbetreiber v.Wick beizupflichten ist, wenn der Verband ausschließlich die Kläranlage betreibt u n d ein anderer das geklärte Abwasser einleitet. Diesen bereits mit rechtlichen Prämissen ausgestalteten Fall, daß ein anderer einleitet, meinte v. Wick aber nicht. Für ihn ist die Einleitung durch den Kanalisationsbetreiber vielmehr die Rechtsfolge des Auseinanderfallens von Kanalisations- und Klärwerkunternehmer.
Ablehnend Witzel, Die Verpflichtung der Abwasserverbände zur Leistung von Schadensersatz oder Entschädigung für Abwasserschäden, ZfW 1963 S.161 ff.

4) So neuerdings OLG Karlsruhe, NJW 1966 S.559 f. Ablehnende Anmerkung von Ralf Krüger, NJW 1966 S.990.

5) So Rudolf Müller, Strafverfolgung der Vergehen gegen das Bundeswasserhaushaltsgesetz, NJW 1964 S. 1351 f.

und Einbringen fehlt jedoch.

b) Die objektive Theorie

Ergiebiger ist die herrschende Meinung, die, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, grundsätzlich eine Haftung des Kanalisationsbenutzers für Abwasserschäden nach §§ 22 I, 38 I, Nr. 1 WHG ablehnt. Uns interessiert diese Ansicht aber nur insoweit, wie sie die Haftungsvoraussetzungen Einleiten und Einbringen zum Gegenstand hat.

Die gründlichsten Arbeiten zu diesem Fragenkreis verdanken wir Margot Abt [1] und Friesecke [2]. M. Abt argumentiert, nachdem sie die Eignung des im PrWG mit einem ganz bestimmten Inhalt ausgefüllten Begriffs "mittelbare Benutzung" zur Charakterisierung des hier anstehenden Rechtsproblems verneint hat, [3] folgendermaßen :

Aus der Natur der Gefährdungshaftung des § 22 WHG ergebe sich, daß nur derjenige für bestimmte Handlungen hafte, der sie vorgenommen habe. Diese Handlung (Einbringen und Einleiten) müsse "schon äußerlich nach ihrer objektiven Eignung auf das Hineingelangen (in ein Gewässer) gerichtet," [4] oder in diesem Sinne "objektiv final" [5] sein. Die Kanalisation aber sei kein Gewässer, und da das beispielsweise vom Grundstückseigentümer in die Kanalisation eingeleitete Abwasser

1) Das haftungsrechtliche Problem der mittelbaren Einleitung, RdWaWi, Heft 12 S.1o1 ff.

2) Strafbare Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft, NJW 1965, S. 19o f.

3) Abt a.a.O. S.1o3. Ebenso Renand, Die Bewilligung und Erlaubnis nach dem Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung des Landeswassergesetzes von Rheinland- Pfalz, S.14 f.

4) vergl. Anm. 2 auf S. 181.

5) vergl. Anm. 3. auf S.181 f. Im Ergebnis ebenso OLG Bamberg in ZfW 1966 S.118 f und Kohlhaas, Das strafrechtliche Einleiten und Einbringen von Stoffen in Gewässer, ZfW 1969, 22.

mit anderen Stoffen vermischt und i.d.R. auch anderweitig behandelt werde, sei eben die Benutzung der Kanalisation keine Handlung im oben beschriebenen Sinne. Nicht richtig sei auch die Ansicht, daß die Gemeinde nur die quasi satzungsmäßigen Stoffe einleite, da das gesamte Abwasser einschließlich der schädlichen Stoffe eingeleitet werde und die Erlaubnis oder Bewilligung sich ebenfalls auf das gesamte Abwasser erstrecke. Man wird diese Ansicht als eine objektive Benutzungstheorie bezeichnen können.

Dieser Deduktion entspricht im wesentlichen auch die Argumentation von Friesecke zur Strafbarkeit des mittelbaren Einleitens oder Einbringens nach § 38 I Nr. 1 WHG.[1] Auch nach seiner Auffassung beinhalten die Begriffe Einbringen und Einleiten eine unmittelbare Einwirkung auf das Gewässer, oder strafrechtlich gesprochen : § 38 I Nr. 1 WHG ist ein eigenhändiges Delikt, das nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden kann. Hierfür spreche, so führt Friesecke aus, einmal der Wortlaut des § 38 I Nr. 1 WHG, denn nur " w e r .....einbringt oder einleitet ....." kann bestraft werden. Zum anderen ergebe sich das aus dem Wesen der behördlichen Gestattung, die immer die Benutzungshandlung und nicht den Benutzungserfolg zum Gegenstand habe. Das als Umkehrschluß bezeichnete Argument,[2] nur wenn eine Handlung erlaubt oder bewilligt werden könne, liege ein Einbringen oder Einleiten vor,

---

1) Wernicke, Das Einleiten und Einbringen sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz,ZfW 1962 S.277 weist zutreffend darauf hin, daß entgegen der Fassung des § 38 I Nr. 1 WHG das Einbringen fester Stoffe in das Grundwasser nicht strafbar ist. Diese Handlung steht nicht unter dem präventiven Benutzungsverbot der §§ 3, 2 WHG und damit auch nicht unter der Strafsanktion des § 38 WHG, der die unechten Benutzungen des § 3 II Nr. 2 WHG -als solche kann das Einbringen fester Stoffe in das Grundwasser u.U.gleichwohl anzusehen sein-nicht erfaßt.

2) a.a.O. S. 191.

das mittelbare Einbringen und Einleiten könne aber nicht behördlich gestattet werden, [1] stellt in Wirklichkeit einen Zirkelschluß dar. Zur Klärung des Benutzungsbegriffs -und nicht nur des Inhalts des § 38 I Nr. 1 WHG- trägt der Hinweis auf den Zweck des § 38 I Nr. 1 WHG nichts bei. Wenn er ausführt, unter § 22 I WHG fielen nur unmittelbare Einwirkungen auf die Gewässer, und der strafrechtliche Schutz der Gewässer ginge nicht weiter als der zivilrechtliche,so ist das nur ein Hinweis auf die insbesondere von Abt vorgenommene Auslegung des § 22 WHG unter dem Gesichtspunkt des mittelbaren Einbringens und Einleitens.

Den Darlegungen von Abt und Friesecke zur Haftung des Kanalisationsbenutzers nach §§ 22 I bzw. 38 I Nr. 1 WHG ist nichts hinzuzufügen; sie sind überzeugend und erschöpfend, wenn man die vorgetragenen Argumente in ihrer Gesamtheit und Ergänzung sieht, was in Anbetracht der Identität der Begriffe Einbringen und Einleiten in § 22 I und § 38 I Nr. 1 WHG zulässig ist.

4. Versuch einer Neuorientierung : Theorie der adäquaten Verursachung

a) Unmittelbarkeit als konstitutives Element des Benutzungsbegriffs ?

Wenngleich die Ausführungen insbesondere von Abt insgesamt überzeugend sind, so kann ihr jedoch nicht darin zugestimmt werden, daß die Einleitung von Abwasser in die Kanalisation keine objektiv auf ein Gewässer gerichtete Handlung sei. Es muß vielmehr überraschen,daß der entscheidende Gesichtspunkt -und dies gilt für alle echten Benutzungen, nicht nur für das Einbringen und Einleiten von Stoffen-im Schrifttum überhaupt

1) So auch Wernicke, Strafrechtliche Beurteilung des Einleitens in Entwässerungsanlagen, ZfW 1969, 112.

nicht, oder nur am Rand, [1] oder verdeckt in einem auf einen besonderen Sachverhalt bezogenen Argument [2] zur Sprache kommt. Gemeint ist die mit der Unmittelbarkeit der Einwirkung engstens zusammenhängende Kausalitätsfrage. Hierauf soll im folgenden eingegangen werden. Auszuklammern ist an dieser Stelle die Frage, ob und falls ja, welche subjektiven Elements dem Benutzungsbegriff inhärent sind, denn eine Verquickung dieser Frage mit dem objektiven Kriterium der Unmittelbarkeit der Einwirkung, wie das gelegentlich geschieht, [3] ist unzulässig.

1) Gieseke, Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht, ZfW 1962 S.2o sagt bei der Erläuterung des Falles, daß Kanalisationsabwasser mit oder ohne Behandlung in ein Gewässer eingeleitet wird, nur:" ... wird durch die Handlung der Gemeinde unterbrochen ." oder "Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs)."

2) So Abt a.a.O. S.1o5: "Erfahrungsgemäß gelangt das Abwasser nicht immer direkt in ein Gewässer, sondern wird versprüht oder verregnet. Aber auch auf dem Wege in ein Gewässer kann mancherlei mit dem Abwasser geschehen, das ihm möglicherweise seine Schädlichkeit nimmt."
Hieran schließt sich der Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des Landesverwaltungsgerichts Düsseldorf an, das bei der Einleitung in die Kanalisation eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs angenommen hat. Damit hat diese Kausalitätsfrage für Abt a.a.O. ihr Bewenden, was allerdings bei Beschränkung auf das gestellte Thema (vergl. Abgrenzung auf S. 1o1 a.a.O.) vertretbar ist.
Eindeutig i.S.e.Ablehnung des Merkmals der Unmittelbarkeit der Einwirkung ist die Stellungnahme von Abt Wasserrecht und Abwasserverregnung, ZfW 1965 S. 28 f., wenn sie unter Bezugnahme auf Sieder- Zeitler § 3 Anm. III 5 ausführt:"...ist tatsächlich jedes Einleiten in den Boden ein potentielles Einleiten in das Grundwasser."

3) Vergl. den Bericht des Sonderausschusses BT- Drucks. 3536 S.14 und die offenbar hierauf aufbauenden Kommentierungen von Rehder § 1o7 Anm. 1 und Burghartz § 3 WHG Anm.1.

aa) Notwendigkeit der Beschränkung auf relevante Gewässereinwirkungen

Das Merkmal der Unmittelbarkeit dient dazu, Einwirkungen aus dem Kreis der echten Benutzungen auszuscheiden, die durch eine Zwischenursache realisiert werden. Dies ist grundsätzlich erforderlich, da andernfalls das Prinzip der behördlichen Vorkontrolle aller Gewässerbenutzungen, das zu Recht als die Grundlage der neuen Wasserrechtsordnung angesehen wird, ad absurdem geführt würde. Es wäre nämlich praktisch unmöglich und wasserwirtschaftlich sinnlos, jede Benutzung der Gewässer im untechnischen Sinne durch Benutzung der vom Wasserwerk gespeisten Wasserleitungen auf den angeschlossenen Grundstücken- um dieses extreme Beispiel zu wählen- einem behördlichen Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren zu unterstellen. Gleiches gilt für die Benutzung der Kanalisation. Allein mit dem Merkmal der "objektiven Finalität" läßt sich diese Abgrenzung nicht durchführen, da diese immer dann anzunehmen ist, wenn sich der Handelnde besonderer Benutzungsanlagen bedient, die als direkter Ursachenleiter wirken.

Daß diese Begrenzung der wasserrechtlichen relevanten Einwirkungen erforderlich, und das Kriterium der Unmittelbarkeit diese Aufgabe zu übernehmen geeignet ist, kann m.E. nicht zweifelhaft sein. Demnach kann es nur darum gehen, den Begriff der Unmittelbarkeit der Einwirkung auszufüllen. Zuvor mag jedoch noch der zutreffende Ansatzpunkt für diese ausfüllende Auslegung aufgezeigt werden :

bb) Benutzungshandlung und Benutzungserfolg

Es trifft zu -wie dargelegt wurde- , daß nur die Benutzungshandlungen und nicht der Benutzungserfolg erlaubt oder bewilligt werden können. Nun hat aber nicht nur jede Handlung naturgesetzlich notwendig Wirkungen, sondern eine Handlung, die in ihrer äußeren Beschaffenheit, ihrer technisch- formalen Struktur einem der

Tatbestände des § 3 I WHG entspricht, hat immer auch Auswirkungen auf ein Gewässer. Dies ist bei der Darstellung des Benutzungstatbestandes expliziert worden. Wenn also im folgenden die Frage nach der notwendigen Beschaffenheit der Kausalkette zwischen der objektiv auf ein Gewässer gerichteten Handlung und den Auswirkungen auf das Gewässer -Handlung und Auswirkung lassen sich zwanglos in dem Begriff Einwirkung zusammenfassen- gestellt wird, so liegt dem nicht die unzulässige Verwechselung von Benutzungshandlung und Benutzungserfolg zugrunde.

An der Unmittelbarkeit fehlt es grundsätzlich immer dann, wenn zu der Benutzungshandlung eine wirksam werdende Zwischenursache tritt, also die Einwirkung auf das Gewässer durch eine handlungsfremde Ursache vermittelt wird. Die Mittelbarkeit kann personell oder sachlich sein.

Einer differenzierenden Behandlung dieser beiden Gruppen der Mittelbarkeit hat die Feststellung vorauszugehen, daß eine echte Gewässerbenutzung nur dann in Betracht kommt, wenn die Handlung objektiv auf ein Gewässer gerichtet ist. Dies ist ein von der Unmittelbarkeit unabhängiges -oder man kann auch sagen : als minus zur Unmittelbarkeit von dieser eingeschlossenes -Element der Benutzungshandlung.

b) Arten der Mittelbarkeit einer Gewässereinwirkung

Folgende Gruppen der Mittelbarkeit einer Benutzungshandlung sind zu unterscheiden :

1. Die potentielle Benutzungshandlung wird durch eine andere Handlung in ihrer Auswirkung auf das Gewässer verändert (personell und sachlich mittelbare Benutzung).

2. Die potentielle Benutzungshandlung wird durch eine handlungsfremde Ursache, die selbst keine Handlung darstellt, in ihrer Auswirkung auf das Gewässer verändert (sachlich mittelbare Benutzung).

Anlaß, Art, Zeitpunkt und Umfang der Veränderung sind in den Fällen 1. und 2. das Ergebnis a) eines Geschehensablaufs, der von einem sachkundigen Dritten unvorhersehbar war, oder b) eines von einem sachkundigen Dritten nicht vorhersehbaren Geschehensablaufs.

Außer dem bereits genannten Kanalisationsfall mögen zunächst einige Beispiele für eine personell und sachlich bzw.sachlich mittelbare Gewässerbenutzung angeführt werden.

Ein Unternehmer leitet mittels einer Rohrleitung Abwasser in ein oberirdisches Gewässer ein. Die Überlaufvorrichtung wird von einem Unbekannten unbefugt derart verändert, daß erheblich größere Mengen zum Teil ungeklärten Abwassers in das Gewässer geleitet werden.

In einem oberirdischen Gewässer, das vorübergehend kein Wasser führt, wird ein Stau errichtet. Bevor sich das Bett mit Wasser füllt, erhöht ein Dritter ohne Wissen des Unternehmers den Stau.

Abseits eines oberirdischen Gewässers hat sich in einer Bodensenke uferfiltriertes Wasser aus dem oberirdischen Gewässer gesammelt. Der Eigentümer der Mulde, der nicht zugleich Eigentümer und Anlieger des oberirdischen Gewässers ist, leitet aus der Mulde Wasser für den eigenen Bedarf ab.

Ein Industrieunternehmen versprüht oder verregnet unverschmutztes Kühlwasser auf einem Grundstück, unter dem sich bekanntermaßen eine Grundwasseransammlung befindet.

Die beiden ersten Fälle stellen eine personell und sachlich, die letzten beiden Fälle eine sachlich mittelbare Gewässerbenutzung dar. Fraglich ist, ob die Handlung des Unternehmers im ersten Beispiel den Tatbestand des § 3 I Nr. 4 WHG, im zweiten den Tatbestand des § 3 I Nr. 2 WHG, im dritten den Tatbestand des § 3 I Nr. 1 WHG und im vierten Beispielsfall den Tatbestand des § 3 I Nr. 5 WHG erfüllt. Dabei kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in den Fällen 1 und 2 die Handlung des Dritten dem Unternehmer nicht als Benutzungshandlung zugerechnet werden kann. Zu prüfen ist jedoch, ob der Unternehmer überhaupt noch Benutzer für den Teil der Gewässerinanspruchnahme ist, der durch die Handlung des Dritten n i c h t mitbestimmt worden ist.

c) Grad der erforderlichen Unmittelbarkeit der Gewässereinwirkung

Das Dazwischentreten des Dritten war auch für einen sorgfältigen und sachkundigen (hinsichtlich des Maßes der Sachkunde kann hier und im folgenden auf die Sachkunde der für die Wasserwirtschaft Verantwortlichen das sind die Wasserbehörden, abgestellt werden) Unternehmer nicht vorhersehbar; und auf der anderen Seite sind die Auswirkungen der potentiellen Benutzungshandlung des Unternehmers jetzt noch, also a posteriori feststellbar. Hierauf kommt es aus folgenden Gründen an:

Der Benutzungsbegriff des § 3 I WHG bezweckt eine tatbestandliche Eingrenzung der Handlungen, die einer behördlichen V o r kontrolle unterzogen werden müssen. Der sachkundige Gewässerbenutzer muß also schon vor Ausführung der Handlung wissen können, ob die von ihm geplante Inanspruchnahme des Gewässers unter §§ 3 I, 2 WHG fällt oder nicht.(Auf die Besonderheiten der unechten Benutzungen wird unten eingegangen).Wenn daher seine objektiv auf eine Inanspruchnahme eines Gewässers

gerichtete Handlung durch später hinzutretende Ursachen, die für ihn nicht vorhersehbar waren, in ihrer Auswirkung auf das Gewässer verändert wird, so bedurfte seine Handlung trotzdem einer behördlichen Vorprüfung. Es kommt insoweit auf den status ex ante an. Diese Handlung ist dann auch insoweit eine unmittelbare Gewässerinanspruchnahme, also eine Benutzung i.S.d. § 3 I WHG, mit allen insbesondere haftungsrechtlichen Konsequenzen, wie die durch sie gesetzte Ursache sich auf das Gewässer ausgewirkt hat. Besteht jedoch die Möglichkeit nicht, die Wirkungen der beiden Handlungen zu trennen, dann liegt insoweit keine echte Benutzung vor.

Anders sind die Fälle 3 und 4 zu beurteilen. Es steht von vornherein fest, daß die beiden Handlungen in ihren Auswirkungen auf die Gewässer durch andere Ursachen verändert werden. Zwar kann bei der gegebenen Sachlage davon ausgegangen werden, daß die Ableitung von Wasser aus der Bodensenke, die für sich betrachtet erlaubnisfreier Eigentümergebrauch ist, in ihrer Auswirkung eine Inanspruchnahme des angrenzenden oberirdischen Gewässers ist, da das abgeleitete Wasser durch uferfiltriertes Wasser ersetzt werden wird. Es kann aber jetzt, im Zeitpunkt der Ableitung des Wassers - und auf diesen Zeitpunkt kommt es zur Beurteilung einer Handlung als Benutzung i.S.d.§ 3 I WHG an -noch gar nicht gesagt werden, wann, wie und in welchem Umfang Wasser aus dem angrenzenden oberirdischen Gewässer in die Bodensenke dringt. Der dazwischen liegende Grundstücksraum ist ein Filter, das den Wasserabfluß in unvorhersehbarer und unkontrollierbarer Weise ermöglicht. Gleiches gilt für die Verregnung von Abwasser.

Wenn aber eine Einwirkung auf ein Gewässer nicht a priori nach Art und Maß bestimmt, oder von einem sachkundigen Benutzer bestimmbar ist, dann liegt keine Benutzung i.S.d.§ 3 I WHG vor. Denn es widerspricht dem nach § 2 WHG auf die Ermöglichung einer behördlichen Vorkontrolle gerichteten Zweck des Benutzungsbe-

gen zu qualifizieren, deren Einwirkungen auf das Gewässer der sachkundigen Benutzer nicht von vornherein nach Art, Zeit und Umfang bestimmen konnte.

Diese Vorhersehbarkeit darf aber nicht verwechselt werden mit einem subjektiven Benutzungselement, etwa der Fahrlässigkeit hinsichtlich des Benutzungserfolges. Einerseits kommt es nicht auf den Benutzungserfolg an, sondern auf die Handlung und die Auswirkung i.S.d.Inanspruchnahme eines Gewässers (= Gewässereinwirkung). Zum anderen ist abzustellen auf die gedachte, objektiv bestimmte Person des sachkundigen Gewässerbenutzers, der gleichgestellt werden kann mit der Wasserbehörde. Hieraus folgt, daß die Voraussehbarkeit der Auswirkung kein subjektives Benutzungselement ist, sondern eine Umschreibung des objektiven Merkmals "Adäquanz" der Einwirkung darstellt.

Das oben entwickelte Ergebnis gilt für alle Fälle, in denen das Eintreten und Wirksamwerden einer die Handlung vermittelnden Zwischenursache für den sachkundigen Benutzer vorhersehbar war. Ob di e Mittelbarkeit personeller und sachlicher Natur ist, wie etwa im Kanalisations- und Wasserwerkfall, oder nur sachlicher Art ist, wie bei der Ableitung uferfiltrierten Wassers oder dem Verregnen von Abwasser, ist gleichgültig.

Ist hingegen der Anlaß der Veränderung der Einwirkung, d.h. das Eintreten und Wirksamwerden einer Zwischenursache nicht von einem sachkundigen Benutzer vorhersehbar, so kann von einer echten Benutzung nur dann und insoweit gesprochen werden, als die allein durch die Handlung verursachte Auswirkung auf das Gewässer nach Art und Maß a posteriori bestimmbar ist. Dies ist insbesondere unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten der §§ 22 I, 38 I WHG bedeutungsvoll.

d) Rechtfertigung des spezifischen Unmittelbarkeitserfordernisses

Auf den ersten Blick mag die Unterscheidung der mittelbaren Gewässereinwirkungen in solche, bei denen der Eintritt einer Zwischenursache vorhersehbar war und in eine andere Gruppe, bei denen das nicht der Fall ist, wenig sinnvoll erscheinen. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt nämlich eine sog. echte Benutzung vor, wenn

1. der potentielle Benutzer den Eintritt und die Auswirkung der Zwischenursache auf das Gewässer nach Art, Zeitpunkt und Umfang vorhersehen konnte, oder wenn
2. der potentielle Benutzer den Eintritt der Zwischenursache nicht vorsehen konnte und die durch seine Handlung verursachte Gewässerinanspruchnahme a posteriori nach Art, Zeitpunkt und Umfang feststellbar ist.

Nur für die beiden Gruppen der mittelbaren Gewässereinwirkung ist somit eine erweiternde Auslegung der sog. echten Benutzungstatbestände zulässig und im Interesse einer umfassenden Ordnung des Wasserhaushalts erforderlich, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

aa) Eigenart des Benutzungsverbots des § 2 WHG

Anläßlich der Untersuchung des Grades der erforderlichen Unmittelbarkeit der Einwirkung sind die für die hier vertretene Auffassung sprechenden Argumente, die sich aus der Eigenart des Benutzungsverbots des § 2 WHG ergeben, bereits im wesentlichen vorgetragen worden. Zusammenfassend und ergänzend ist festzustellen :

Die neuen Wassergesetze streben eine umfassende Ordnung des Wasserhaushalts durch Statuierung von "Regeln für die haushälterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte" [1] an.

Das entscheidende Ordnungsmittel ist das Benutzungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 2 WHG und der spezialisierte und ausschließliche Benutzungskatalog. Hierbei handelt es sich um ein präventives Verbot, das behördliche V o r kontrolle der Gewässereinwirkung ermöglichen soll.

Wenn daher bei einer "objektiv finalen", wasserwirtschaftlich begründeten Gewässerinanspruchnahme der Handelnde den wasserwirtschaftlichen Erfolg seiner Handlung kennen muß im Rahmen der beiden oben genannten Fallgruppen, dann handelt es sich um sog. echte Gewässerbenutzungen. Dies fordert der Schutzzweck der Wassergesetze.

Vom Benutzungsbegriff und dem Wortlaut der gesetzlichen Benutzungstatbestände her stehen dieser Annahme auch keine konstruktionellen Bedenken entgegen. Der mögliche Einwand, beispielsweise bei dem Kanalisationsfall fehle es an der Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals "in ein Gewässer einleitet", überzeugt nicht. Denn wer Abwasser in eine Kanalisation, die in einen Vorfluter mündet, einleitet, leitet damit auch immer in den Vorfluter ein. Das steht ganz außer Frage. Zweifelhaft ist nur, in welcher Beschaffenheit, wann und in welchem Umfang sein Abwasser in den Vorfluter gelangt. Wenn diese Fragen für den sachkundigen Durchschnittsbenutzer jedoch schon von Anfang an beantwortbar sind, dann ist er rechtlich Gewässerbenutzer.

1) So BVerfG in DÖV 1962 S.863 ff.

Der weitere Einwand, Gewässerbenutzer könne nur derjenige sein, dessen Handeln auch erlaubt oder bewilligt werden könne, und dies sei bei einem Kanalisationsbenutzer niemals der Fall [1] ist nicht richtig. Zwar kann dem Kanalisationsbenutzer i.d.R.kein Gewässerbenutzungsrecht erteilt werden, weil der Kanalisationsbetreiber bereits ein solches hat und für die Einleitung der Stoffe, die der Kanalisationssatzung entsprechen, der alleinige wasserwirtschaftliche Unternehmer ist. Auch wenn in diesem Fall der Kanalisationsbetreiber kein Benutzungsrecht hat, ist er allein Gewässerbenutzer, da bei der Einleitung satzungsmäßiger Stoffe in die Kanalisation Art, Zeitpunkt und Umfang der Gewässerinanspruchnahme nicht für den Kanalisationsbenutzer vorhersehbar sein werden. Ganz anders ist es aber, wenn Stoffe entgegen den beschränkenden Bestimmungen der Kanalisationssatzung in die Kanalisation eingeleitet werden und wegen ihrer besonderen Beschaffenheit -z.B. giftige Stoffe oder solche, die nicht von den übrigen Abwässern oder der Kläranlage wesentlich beeinflußt werden [2] -im großen und ganzen unverändert in den Vorfluter gelangen. In diesem Fall ist nur der Kanalisationsbenutzer Gewässerbenutzer, und ihm kann grundsätzlich auch ein Benutzungsrecht erteilt werden, obwohl i.d.R. § 6 WHG wegen der Gemeinwohlwidrigkeit eine Erlaubnis- oder Bewilligungserteilung verbieten wird.

bb) Haftung des Gewässerbenutzers

Auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ist diese modifizierte Anerkennung der Mittelbarkeit der sog. echten Benutzungen nicht nur nicht unbillig, sondern allein angemessen, wie folgende Überlegungen

1) Abt. Das haftungsrechtliche Problem der mittelbaren Einleitung, RdWaWi Heft 12 S. 1o7.

2) Friesecke,Strafbare Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft, NJW 1965 S.191.

Ist der Eintritt der Zwischenursache vorhersehbar, und auf der anderen Seite die Auswirkung der Handlung auf das Gewässer -für den Benutzer nicht vorhersehbar- nach Art und Maß durch die Zwischenursache wesentlich verändert worden, dann lag schon vor Ausführung der potentiellen Benutzungshandlung eine Situation vor, die eine Gefährdungshaftung nach § 22 I WHG nicht rechtfertigt; [1] denn die Handlung war in ihrer Auswirkung auf das Gewässer für den Handelnden erkennbar unbestimmt. Für eine von vornherein objektiv in ihrem weiteren Kausalverlauf unbestimmte Handlung kann aber nach den strengen Grundsätzen der Gefährdungshaftung nicht gehaftet werden, weil die Gefährdungshaftung typische, d.h. in den Grundzügen vorhersehbare Gefahrenwirkungen betrifft. Entsprechendes gilt für die Haftung nach § 38 I Nr. 1 WHG.

Eine andere Haftungssituation liegt vor, wenn der Eintritt einer vermittelnden Zwischenursache für den sachkundigen Benutzer unvorhersehbar war, und eine bestimmte Auswirkung a posteriori der Handlung als allein ursächlich zugerechnet werden kann. Im Zeitpunkt des Handelns konnte die Auswirkung nämlich als das vorhergesehen werden, als das sie auch bewertet wird, und zwar nutzungsrechtlich wie haftungsrechtlich. Es besteht in diesem Fall weder aus dogmatisch- konstruktionellen noch aus praktischen Gründen Anlaß,das Merkmal der Unmittelbarkeit in dem hier dargestellten Sinne eines bestimmten oder bestimmbaren Kausalverlaufs zu verneinen. Vielmehr handelt es sich in diesen Fällen um eine echte Benutzung nach § 3 I WHG. Haftungs- und nutzungsrechtlich gleich zu behandeln ist der Fall, daß der Handelnde sowohl den Eintritt der Zwischenursache wie auch ihr Wirksamwerden nach Art, Zeitpunkt und Umfang vorhersehen konnte.

1) Ebenso Abt.Das haftungsrechtliche Problem der mittelbaren Einleitung, RdWaWi Heft 12 S. 1o7.

Es sind im wesentlichen zwei sachlich ineinander übergehende Argumente, die die hier vertretene Auslegung des Merkmals "Unmittelbarkeit der Einwirkung" und damit zusammenhängend die Abgrenzung der echten Benutzungen von den nicht unter § 3 I WHG fallenden mittelbaren Gewässereinwirkungen rechtfertigen : Die in § 2 WHG begründete Zweckbestimmung des Benutzungsbegriffs und die Begründung der zivil-und strafrechtlichen Haftung, soweit Haftungsvoraussetzung das Vorliegen einer echten Benutzung ist, aus objektiv verschiedenen Situationen. Neben der als Kausalitätsproblem verstandenen Unmittelbarkeit der Gewässereinwirkung kommt dem Merkmal "Benutzungsort" keine selbständige Bedeutung mehr zu. [1] Denn bei einer Abwassereinleitung beispielsweise besteht die unmittelbare, d.h. die echte Gewässerbenutzung nur in dem Einleiten des Abwassers und nicht etwa in der ursächlich im einzelnen gar nicht vorhersehbaren Verunreinigung eines u.U. viele Kilometer entfernten anderen Gewässers. Daß dies haftungsrechtlich von Bedeutung sein kann, ist eine andere Frage. Eine echte Benutzung des "anderen Gewässers" aber findet mangels der erforderlichen Unmittelbarkeit der Einwirkung nicht statt.

1) So aber Sievers § 3 Anm.4, der allerdings auch nicht die Unmittelbarkeit der Einwirkung als konstitutives Element der echten Benutzungen auffaßt.
Wie Sievers auch Gieseke- Wiedemann § 3 Anm.3. Allerdings ist der Benutzungsort in anderer Beziehung bedeutsam. So insbesondere wegen der örtlichen Zuständigkeit der Wasserbehörden.

III. Tatbestandssturktur der sogenannten unechten Benutzungen

1. Notwendigkeit einer Ausdehnung relevanter Benutzungshandlungen auf mittelbare Einwirkungen

Der Gesetzgeber hatte die Möglichkeit, einen erfolgsqualifizierten Benutzungstatbestand zu schaffen. Er hätte nämlich bestimmen können, daß jede Handlung, die zu einem bestimmten, im Gesetz näher zu umschreibenden wasserwirtschaftlichen Erfolg führt, erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist. Bei den sog. echten Benutzungen ist der Gesetzgeber diesen Weg nicht gegangen. Vielmehr hat er nur bestimmte Handlungen, die zwar, weil sie eine objektive finale, unmittelbare [1] und wasserwirtschaftliche Gewässerinanspruchnahme darstellen, notwendig auch zu einem wasserwirtschaftlichen Erfolg führen, unter das Verbot des § 2 WHG gestellt. Somit ist beispielsweise nicht jede von Menschen verursachte Vergrößerung oder Verringerung der Wassermenge im Gewässer eine Benutzung, sondern erforderlich ist, daß dies in der technischen Ausführungsart der unmittelbaren Ein- oder Ableitung geschieht.

Man wird durchaus der Ansicht sein können, daß ein so abgegrenztes präventives verfahrenstechnisches Benutzungsverbot ein ausreichendes Ordnungsmittel ist, wenn Gegenstand der Inanspruchnahme eines oberirdischen Gewässers die Wassermenge, die örtliche Lage des Wassers oder das Gewässerbett ist, wie dies bei den

1) Hinsichtlich des Merkmals der Unmittelbarkeit gelten jedoch die oben gemachten grundsätzlichen Einschränkungen.

sog. echten Gewässerbenutzungen der Fall ist. Als nicht ausreichend für eine umfassende Ordnung des Wasserhaushalts muß ein so strukturierter Benutzungstatbestand jedoch erscheinen, wenn es um die Kontrolle der Einwirkungen auf das Grundwasser [1] und der sich gütemäßig auswirkenden Einwirkungen geht.

Für diese Gewässereinwirkungen sind daher auch viel umfassendere Benutzungstatbestände in den §§ 3 II WHG, 13 BadWürtt -und 15 HessWG vorgesehen. Sie sollen im folgenden in Ergänzung der schon oben wiedergegebenen Auslegung der geschriebenen Tatbestandsmerkmale der Vorschriften behandelt werden. Zuvor mag jedoch der im Prinzip für alle sog. unechten Benutzungen gleiche Tatbestandsaufbau kurz dargestellt werden.

2. Bezugspunkte und Faktoren der gesetzlichen Regelung

Um auch nur mittelbare Gewässereinwirkungen zu erfassen, stehen dem Gesetzgeber drei Anknüpfungspunkte, die in einer sachlichen Abhängigkeit voneinander stehen, zur Verfügung :eine Handlung, ein potentieller Handlungserfolg und eine Kausalitätsbeziehung zwischen beiden. Weil die Einwirkungen nur mittelbar sind, also durch auftretende Zwischenursachen beeinflußt werden können, kann nur auf einen potentiellen wasserwirtschaftlichen Erfolg abgestellt werden. Abgestuft nach dem Grad der wasserwirtschaftlichen Gefährlichkeit der Einwirkung, die von der Bestimmtheit der Handlung und der Wertigkeit des geschützten Rechtsgutes abhängt, ist auch der Grad der erforderlichen Kausalitätsbeziehung

1) Die Widersprüchlichkeit der Regelung des § 3 I Nr. 5 und 6 WHG gegenüber den sonstigen,das Grundwasser betreffenden Benutzungstatbeständen wird unten behandelt.Vergl.Ausführungen S.

verschieden. Im Ergebnis ergibt die bei den einzelnen sog. unechten Benutzungen mit wechselnden Größen arbeitender Gleichung: Handlung + potentieller Erfolg + Kausalitätsbeziehung einen Benutzungstatbestand der hinsichtlich seiner relativen Schutzwirkung konstant ist. In dem Maße, in dem die Handlung bestimmter wird oder die Wertigkeit des geschützten Rechtsgutes -z.B. die Reinheit des Grundwassers- zunimmt, mindert sich auch der Grad der erforderlichen, abstrakt zu beurteilenden Kausalität zwischen Handlung und potentiellen Erfolg. Im folgenden sollen die von ihrem Tatbestandsaufbau her gleichen oder ähnlichen Vorschriften jeweils zusammen behandelt werden.

3. Die nur scheinbar unechte Benutzung des § 13 I Nr. 3 BadWürttWG

Von § 3 I Nr. 3 WHG unterscheidet sich diese Vorschrift nur dadurch, daß die Vorschriften über die Benutzung auch dann anzuwenden sind, wenn das Entnehmen fester Stoffe aus öffentlichen Gewässern nicht auf den Zustand des Gewässers oder den Wasserabfluß einwirkt. Es handelt sich hier also um die echte Benutzung des § 3 I Nr. 3 WHG, allerdings ohne dessen Erfolgsqualifikation und beschränkt auf die öffentlichen Gewässer.

Andere Unterschiede formaler oder sachlicher Art bestehen nicht, so daß auch hier nur eine unmittelbare Einwirkung tatbestandsmäßig ist. Im übrigen wird ein "Entnehmen fester Stoffe aus öffentlichen Gewässern" wegen der besonderen technischen Ausführungsart wohl immer unmittelbar in dem oben dargestellten Sinne sein.

Welche Bedeutung es hat, daß § 13 I Nr. 3 BadWürtt WG keine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme beinhaltet, soll in einem allgemeineren Zusammenhang unten behandelt werden.

4. Die abstrakt- typisch wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen

a) Freilegung von Grundwasser gem. § 13 I Nr. 4 BadWürttWG

In Ergänzung zu der oben schon vorgenommenen Auslegung dieser Vorschrift ist hier unter dem Gesichtspunkt der Einwirkungsart § 13 I Nr. 4BadWürttWG abzugrenzen von § 3 I Nr. 6 WHG und - was bedeutsamer ist, denn dabei geht es um die Frage, ob die Benutzungsvorschriften überhaupt anwendbar sind- von § 37 IV BadWürttWG, der die unvorhergesehene Grundwassererschließung regelt.

Der Tatbestand des § 3 I Nr. 6 WHG ist immer und nur dann erfüllt, wenn die Handlung den besonderen äußeren Tätigkeitsmerkmalen entspricht und zugleich eine unmittelbare Einwirkung auf das Grundwasser darstellt. § 13 I Nr. 4 BadWürttWG geht sachlich weiter. Die Handlung ist nicht beschränkt auf ein Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten oder Ableiten;in Betracht kommt vielmehr jede menschliche Handlung, wie der mit Maßnahmen gleichzustellende Begriff "Arbeiten" zeigt. Hierin liegt die erste, sachlich eigenständige Erweiterung des § 3 I Nr. 6 WHG durch § 13 I Nr. 4 BadWürttWG für das baden- württembergische Rechtsgebiet.

Die zweite Erweiterung betrifft die Einwirkungsart. Während die Benutzungshandlung des § 3 I Nr. 6 WHG wie jede andere echte Benutzungshandlung grundsätzlich unmittelbar sein muß, genügt für § 13 I Nr. 4 BadWürttWG Mittelbarkeit der Einwirkung. Letzteres ist überhaupt ein Charakteristikum der unechten Benutzungen. Der gesetzgeberische Grund für diese Ausdehnung des verfahrenstechnisch durchgesetzten Gewässerschutzes ist in folgendem zu sehen :

Es sind viele Handlung denkbar und praktisch möglich, die nicht abschließend in einem Tatbestandskatalog der Art des § 3 I WHG aufgezählt werden können, trotzdem aber erhebliche wasserwirtschaftliche Auswirkungen haben können. Will man sie erfassen, dann ist nur eine wirksame Regelungsart möglich : Die von dem äußeren Erscheinungsbild her unbestimmte Handlung muß durch Bezugsetzung zu einem wasserwirtschaftlichen Erfolg - Freilegung von Grundwasser, § 13 I Nr. 4 BadWürttWG, Aufstauen, Absenken oder Umleiten von Grundwasser, § 3 II Nr. 1 WHG; nachteilige Beschaffenheitsveränderung, §§ 13 I Nr. 5 BadWürttWG und 3 II Nr. 2 WHG- oder durch Bezugsetzung zu einem wasserwirtschaftlich gefährlichen Zustand-, §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürttWG, 15 I Nr. 1,2 HessWG- zu einem bestimmten, tatbestandstauglichen Merkmal werden.

Würde aber die Entscheidung darüber, ob die Handlung eine unechte Benutzung ist oder nicht, von dem Eintritt des tatbestandlichen wasserwirtschaftlichen Erfolg abhängig sein, dann wäre der effektive Gewässerschutz durch behördliche Vorkontrolle zumindest in den Fällen unbefriedigend, in denen wasserwirtschaftlich hochwertige Gewässerbestandteile oder - funktionen vor unkontrollierter Einwirkung geschützt werden sollen. Daher stellen § 3 II Nr. 1 WHG, der die jeweilige örtliche Lage des Grundwassers zum Gegenstand hat, auch nur auf die Bestimmung oder Eignung der Anlagen und §§ 13 I Nr. 5 BadWürttWG, 3 II Nr. 2 WHG, die die Wassergüte schützen, auf die Eignung der Maßnahmen, den Erfolg herbeizuführen, ab.

Auf der anderen Seite ist der Benutzungstatbestand, der sich aus einer Handlung und einem diese konkretisierenden potentiellen Handlungserfolg zusammensetzt, dann zu weitgehend, wenn der Erfolgseintritt im Einzelfall das Ergebnis eines inadäquaten Kausalverlaufs ist. Man wird i.d.R. sogar abstrakt- typische

Ursächlichkeit fordern müssen . Diese Einschränkung rechtfertigt sich neben den soeben angestellten Überlegungen auch aus dem Zweck und der Art des Benutzungsverbots des § 2 WHG. Vor Ausführung der Handlung muß der potentielle Gewässerbenutzer nach § 2 WHG das geplante Vorhaben der zuständigen Wasserbehörde unterbreiten und die Erteilung eines Sondernutzungsrechts beantragen, es sei denn, das Vorhaben ist durch ein gesetzliches Benutzungsrecht gedeckt. Er wird dies aber nur können, wenn für den sachkundigen Benutzer von vornherein feststeht, oder er zumindest damit rechnen muß, daß er durch seine Handlung den spezifischen wasserwirtschaftlichen Erfolg herbeiführen wird. Diese Frage nach dem typischen Kausalverlauf, oder der abstrakt- typischen Gefährlichkeit der Handlung i.S.d. möglichen Verwirklichung des Tatbestandserfolges hat der Gesetzgeber dem Benutzer nur in den Fällen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG abgenommen. Hinsichtlich der anderen unechten Benutzungen -eine Ausnahme von dieser Regel wird unten gesondert behandelt- muß der sachkundige Benutzer i.d.R. selbst ex ante beurteilen können, ob das von ihm geplante Vorhaben abstrakt- typisch gefährlich ist. [1)]

Von der adäquaten Kausalität unterscheidet sich die abstrakt- typische Gefährlichkeit durch den entgegengesetzten Standort des Beurteilenden. Im ersten Fall wird ex post -also analytisch- der kausale Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, im zweiten ex ante -also spekulativ- der typische ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung und gedachtem Erfolg beurteilt. Außerdem ist nicht jede abstrakt-adäquate Kausalität auch eine abstrakt- typische. Die letztere legt einen

1) Salzwedel,Wasserrecht und polizeiliche Generalklausel, RdWaWi, Heft 13 S. 38 f..hat den aus dem Ordnungs-und Polizeirecht stammenden Begriff der abstrakten Gefahr, modifiziert durch das Merkmal typisch, erstmalig zur Bestimmung der Einwirkungsart der unechten Benutzungen des § 3 II Nr. 2 WHG verwandt.

engeren Maßstab an, da eine Ursache auch dann für einen bestimmten Erfolg adäquat ist, wenn sie "nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt." [1)]

Die unechte Benutzung hat daher grundsätzlich folgende Tatbestandsstruktur :

a) Eine Handlung
b) und einen diese Handlung konkretisierenden potentiellen, wasserwirtschaftlichen Erfolg,
c) der die abstrakt- typisch kausale Folge der Handlung ist und unmittelbar oder mittelbar sein kann.

Die Vorschrift des § 13 I Nr. 4 BadWürttWG scheint aus diesem Rahmen zu fallen. Nach ihrem Wortlaut liegt eine Benutzung nur dann vor, wenn durch die Arbeiten Grundwasser ...freigelegt wird und nicht bereits dann, wenn dies die mögliche Folge der Arbeiten ist. Auszuschließen ist hier, daß das Gesetz die abstrakt- typische Gefährlichkeit fingiert, da wegen der völligen Unbestimmtheit dessen, was unter Arbeiten zu verstehen ist, jeder sachgerechte Ansatzpunkt für eine derartige Fiktion hier - im Gegensatz zu dem Herstellen und Betreiben von Häfen, Umschlaganlagen usf.- fehlt. Mit dem Zweck des § 2 WHG ist es aber auch unvereinbar, daß nur Arbeiten, die tatsächlich zu einer Freilegung des Grundwassers führen, was häufig erst nach "getaner Arbeit" feststeht, unter § 13 I Nr. 4 BadWürttWG fallen. Daher entspricht diese Vorschrift ebenfalls der oben dargestellten Tatbestandsstruktur der unechten Benutzungen, und Arbeiten sind somit nur erlaubnis- oder bewilligungspflichtig, wenn sie abstrakt- typisch zu einer Freilegung von Grundwasser führen.

Mit dieser grundsätzlich für alle Quasibenutzungen gültigen Erkenntnis des besonderen Tatbestandsaufbaus ist zugleich die oben aufgeworfene Frage nach der

1) So z.B.: RGZ 152,4o1;169,91; BGH in NJW 1952 S. 1o1o.

Abgrenzung des § 13 I Nr. 4 von § 37 IV BadWürttWG beantwortet. Eine Grundwassererschließung ist dann unvorhergesehen i.S.d.§ 37 IV BadWürtt-WG und nicht erlaubnis- oder bewilligungspflichtig,wenn die ausgeübte konkrete Handlung nicht abstrakt- typisch zu einer Freilegung von Grundwasser führt.

b) Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser gem. § 3 II Nr. 1 WHG

Nach der Auslegung der Tatbestandsmerkmale Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser sowie der Darstellung der Einwirkungsart bleibt an dieser Stelle nur noch die Klärung der Frage, was unter "Anlagen, die hierzu bestimmt und geeignet sind," zu verstehen ist.

Die Eignung der Anlage, einen solchen Erfolg herbeizuführen, entspricht dem schon dargestellten Tatbestandserfordernis der unechten Benutzungen: abstrakt- typische Gefährlichkeit. Es reicht demnach nicht aus, wenn die Anlage eine äquivalente oder auch adäquate Ursache für das Aufstauen, Absenken oder Umleiten des Grundwassers sein kann. Sie muß vielmehr in der konkreten Situation typischer -, üblicherweise einen solchen Erfolg verursachen. Das ist ein strengerer Maßstab als nur potentiell adäquate Ursachlichkeit. Hierdurch wird also etwa die Errichtung durchschnittlich dimensionierter Fundamente von Wohnhäusern etc. aus dem Kreis der unechten Benutzungen regelmäßig ausgeschlossen. Im übrigen aber wird sich das Vorliegen einer abstrakt- typischen Gefährlichkeit immer nur anhand der charakteristischen Umstände des Einzelfalles beurteilen lassen.

c) Maßnahmen des § 3 II Nr. WHG

Einen rechtlich interessanten und praktisch bedeutsamen Benutzungstatbestand umschreibt § 3 II Nr. 2 WHG. Sein tatbestandlicher Aufbau entspricht der Grundstruktur der unechten Benutzungen : Eine Handlung wird nur durch die abstrakt- typisch kausale Verbindung mit einem bestimmten potentiellen wasserwirtschaftlichen Erfolg näher beschrieben. Zwei Momente sind es, denen die Vorschrift ihren weiten Anwendungsbereich und damit ihre zentrale nutzungsrechtliche Bedeutung verdankt. Das ist einmal die Art des tatbestandskonkretisierenden potentiellen Handlungserfolges, nämlich die dauernde oder nicht unerhebliche schädliche Veränderung der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers. Und zum zweiten die Tatsache, daß die Vorschrift als einzige der Benutzungsregelungen sowohl Einwirkungen auf das ober- wie unterirdische Gewässer umfaßt.

Die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers ist eine absolut abschließende Beschreibung der Sache Wasser in ihrer jeweiligen existentiellen- nicht rechtlichen, soziologischen, ästhetischen- Eigenart und zwar sowohl in qualitativer wie quantitativer Hinsicht. Die Absolutheit der Beschreibung folgt aus der insoweit abgeschlossenen Vollzähligkeit der möglichen Betrachtungsaspekte: "physikalisch, chemisch, biologisch". Eine erste Relativierung dieses Tatbestandsmerkmals ergibt sich aus dem Gesetzeszweck. § 3 II Nr. 2 WHG erfaßt nur, ebenso wie die übrigen Vorschriften des WHG, die eine Beschaffenheitsveränderung des Wassers mit teilweise unterschiedlicher Formulierung zum Gegenstand haben, [1] eine

1) Vergl. §§ 22,24,26 II, 27,34 38 und 41 WHG.

Beeinträchtigung der R e i n h e i t des Wassers eines unter- oder oberirdischen Gewässers,[1] also nur bestimmte qualitative Veränderungen physikalischer, chemischer oder biologischer Art. Allerdings darf der Begriff Reinheit nicht zu eng verstanden werden. Auch eine Abkühlung oder Erwärmung des Wassers ist eine Veränderung des physikalischen Zustandes des Wassers. Reinheit des Wassers ist nur das erste und wichtigste Anliegen des § 3 II Nr. 2 WHG. Den diesbezüglichen status quo wenigstens zu sichern, erfordert aber, alle Maßnahmen, die zu einer Veränderung der Beschaffenheit führen können u n d dadurch abstrakt geeignet sind, die Gebrauchstauglichkeit des Wassers[2] im weitesten Sinne zu beeinträchtigen, durch § 3 II Nr. 2 WHG zu erfassen.[3] In diesem Sinne -mögliche Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit- ist auch das Merkmal "schädlich" zu verstehen. So kann etwa durch eine unter § 3 II Nr. 2 WHG fallende mittelbare Einleitung sich die chemische Zusammensetzung des Wassers ändern, so daß es z.B. eine andere Färbung annimmt. Das mag u.U. eine schädliche Veränderung der chemischen Beschaffenheit des Wassers unter ästhetischen Gesichtspunkten sein. Es handelt sich jedoch dann nicht um eine auch nur abstrakte Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, wenn das Gewässer ausschließlich als Abwasserkanal dient, denn in diesem Fall spielt die Farbe des Wassers für alle in Betracht kommenden Verwendungszwecke des Wassers keine Rolle.

Die schädliche Beschaffenheitsveränderung muß dauernd oder in ihrem Ausmaß nicht unerheblich sein. Auf dieses Tatbestandserfordernis wird in einem allgemeineren Zusammenhang besonders eingegangen werden.[4]

- 214 -

1) Gieseke, Veränderungen der Wasserbeschaffenheit, 89. Kolloquium, ZfW 1963 S.166 sagt zutreffend: "Aus dem einheitlichen Zweck aller dieser Vorschriften der Reinhaltung ergibt sich, daß sie sich sämtlich gegen dieselbe Beeinträchtigung der Reinheit wenden, mag das auch nicht ganz gleichmäßig ausgedrückt sein."

2) Auch das OVG Münster, ZfW 1963, S.375 ff. und im Anschluß hieran d. BVerwG ZfW 65 S. 113 ff. stellen wenn auch in einem and. Zusammenhang-ebenf. auf dieses Merkmal ab.

3) Nach der zustimmenden Ansicht des OVG Münster in ZfW 1973,56 darf die Gefährdung nicht lediglich eine "ganz entfernt liegende theoretische Möglichkeit" sein.

4) vergl. Ausführungen auf S. 224 ff.

Ein verlockender Ansatzpunkt für weitere Relativierungen ist das Merkmal "Veränderungen." Man wird nämlich je nach dem, von welchem Zustand des Wassers man bei der Beurteilung einer verändernden Einwirkung ausgeht, zu verschiedenen Ergebnissen gelangt. Bezogen auf den Erlaß von Reinhalteordnungen aufgrund des § 27 WHG ist vorgeschlagen worden, auf den natürlichen Zustand des Gewässers, in dem dieses noch über eine ausreichende Selbstreinigungskraft verfügt, abzustellen.[1] Andere Formulierungen gehen in eine ähnliche Richtung.[2] Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Zunächst ist festzustellen, daß durch eine solche Bezugsetzung das Tatbestandsmerkmal "schädliche Veränderungen" derart mit Imponderabilien beladen wird, daß möglicherweise die Wasserbehörde selbst in vielen Fällen nicht einmal nach Ausführung der Einwirkung das Vorliegen einer so verstandenen schädlichen Veränderung beurteilen kann. Denn erstens ist die biologische Selbstreinigung des Wassers durch Abbau von Stoffen, die die Gebrauchstauglichkeit negativ beeinflussen, ein höchst komplizierter und nicht immer vorhersehbarer Vorgang, und zum zweiten nimmt der Abbau regelmäßig viel Zeit in Anspruch, was das ganze Geschehen noch mehr ins Ungewisse stellt. Zu einem in der Praxis brauchbaren Benutzungstatbestand kommt man nur, wenn die Veränderung als Kausalitätsfrage aufgefaßt wird. Es ist lediglich zu fragen, ob durch die Einwirkung eine Veränderung des Zustandes des Wassers in physikalischer, chemischer oder biologischer Hinsicht, der vor der Einwirkung bestand, eingetreten ist.[3] (Da es sich hier aber um eine

1) So Keune, Die schädliche Veränderung eines Gewässers im Sinne von § 27 WHG, WLB 1962 S. 538.

2) Vergl. Sieder-Zeitler § 24 Anm.1o;"Nachteilig ist die Veränderung,wenn die Eigenschaften des Wassers durch die Benutzung gegenüber dem ...normalen Zustand verschlechtert werden."
Anders aber in Anm. 19 zu § 22.

3) Ebenso Gieseke a.a.O. S. 167.

unechte Benutzung handelt, ist diese Frage immer spekulativ, ex ante zu stellen, und sie muß einen abstrakttypischen Kausalverlauf zum Gegenstand haben.) Die von den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht angestrebte Einengung des Benutzungstatbestandes des § 3 II Nr. 2 WHG kann m.E. nur in der bereits dargestellten Weise vollzogen werden: Die Maßnahmen des § 3 II Nr. WHG müssen auch abstrakt-typisch geeignet sein, die Gebrauchstauglichkeit des Wassers im weitesten Sinne zu beeinträchtigen. Hierzu sind nicht nur die abstrakt möglichen Benutzungen zu rechnen, sondern beispielsweise auch die "Verwendungsmöglichkeiten" des Wassers für die Landeskultur, denn auch der objektive Gesetzeszweck-Ordnung des Wasserhaushalts- der nicht zuletzt durch die Benutzungsregelung verwirklicht werden soll, hat diese Spannweite. [1] Irrelevant muß es für den Tatbestand des § 3 II Nr. 2 WHG sein, ob wegen der Selbstreinigungskraft des Wassers oder aus anderen Gründen keine konkrete nachteilige Veränderung der Gebrauchstauglichkeit auftritt. Erst in dem Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren wird dieser Umstand zu berücksichtigen sein.

An dieser Stelle ist noch auf ein wohl nur von dem Schutzzweck und den Schutzbereichsgrenzen der §§ 3 II Nr. 2,2 WHG [2] her zu lösendes Problem einzugehen. Gedacht ist an die landwirtschaftliche Düngung im üblichen Umfang und ihre wasserrechtliche Relevanz unter

1) Ebenso Gieseke, Stand der wasserrechtlichen Entwicklung in der Bundesrepublik,RdWaWi Heft 12 S. 17 f.; Krüger, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung,S48f. ; OVG Münster, ZfW 1963 S. 377 und das dieses Urteil insoweit bestätigende Revisionsurteil des BVerwG, ZfW 1965 S.115 und die zustimmende Anm. von Czychowski, ebenda

2) Zum Schutzzweck und den Schutzbereichsgrenzen des Verbots der Gewässerbenutzung mit Erlaubnisvorbehalt vergl. BGH in NJW 1966 S.2016 mit weiteren Literaturhinweisen.

dem Gesichtspunkt des § 3 II Nr. 2 WHG. Es kann nämlich nicht zweifelhaft sein, daß bei einer besonderen Bodenbeschaffenheit oder einem hohen Grundwasserstand diese Handlung den Tatbestand des § 3 II Nr. 2 WHG seinem Wortlaut nach erfüllen kann. Trotzdem wird man die landwirtschaftliche Düngung im üblichen Umfang- und nur eine Düngung dieser Art und dieses Umfangs steht hier in Rede -nicht als eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung ansehen können. Das ist in § 13 I Nr. 5 BadWürttWG ausdrücklich ausgesprochen worden, muß aber allgemein und in allen Bundesländern auch für § 3 II Nr. 2 WHG gelten. Denn wenn man diese Maßnahmen schon unter den Benutzungsbegriff subsumieren muß, so kann jedenfalls § 2 WHG in diesem Fall nicht die vorherige Durchführung eines wasserrechtlichen Zulassungsverfahrens gebieten wollen. Vielmehr muß man die landwirtschaftliche Düngung im üblichen Umfang als eine wasserrechtlich sozial adäquate [1] Handlung, die nicht unter das Verbot des § 2 WHG fällt und damit keiner behördlichen Gestattung bedarf, ansehen.

5. Die adäquat wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG

Zunächst geht § 13 I Nr. 5 BadWürttWG insofern über § 3 I Nr. 5 WHG hinaus, als auch mittelbare Einwirkungen auf das Grundwasser erlaubnis- oder bewilligungspflichtig sind. Denn Versickern, Verregnen und Verrieseln sind typische Formen einer mittelbaren Einwirkung. Die vermittelnde Ursache ist der Erdraum, den

1) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts AT, § 2o9 IImit weiteren Literaturhinweisen zum Begriff der Sozialadäquanz.

der flüssige Stoff -und nur solche kommen in Betracht -durchdringen muß, ehe er in das Grundwasser gelangt. Der als Filter und Leiter wirkende Erdraum macht Art, Zeitpunkt und Umfang der Beeinflussung des Grundwassers für den Handelnden auch dann ungewiß, wenn man, wie es die im Merkmal der Unmittelbarkeit enthaltene spezifische Adäquanz der Einwirkung verlangt, auf einen der Wasserbehörde gleichgestellten sachkundigen Benutzer abstellt.

Das Merkmal der abstrakt- typischen Gefährlichkeit könnte in der Bestimmung zum Ausdruck kommen, daß nur Abwasser und Stoffe, die die Beschaffenheit des Grundwassers nachteilig verändern können, von dem präventiven Benutzungsverbot des § 2 WHG erfaßt werden sollen. Hierin liegt eine Einschränkung gegenüber § 3 I Nr. 5 WHG, der das Einleiten von Stoffen gleichgültig welcher Beschaffenheit für erlaubnispflichtig erklärt. Berücksichtigt man, daß die Einwirkung des § 3 I Nr. 5 WHG immer unmittelbar, die Einwirkung des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG aber immer mittelbar ist,so ist diese Einschränkung sachgemäß, denn für die Versickerung von unschädlichem Kühlwasser beispielsweise kann ein wasserwirtschaftlich motiviertes Schutzbedürfnis wohl kaum anerkannt werden.

Zu berücksichtigen ist bei diesem Benutzungstatbestand noch der besondere Anknüpfungspunkt für die beiden unechten Benutzungen grundsätzlich zu fordernde abstrakt- typische Gefährlichkeit der mittelbaren Einwirkung. Es ist dies nicht etwa die Handlung als solche, d.h. das Versickern, Verregnen oder Verrieseln, sondern die "Eignung" des Abwassers oder Stoffes, zu einer Verunreinigung des Grundwassers zu führen. Somit kommt es also lediglich darauf an, ob bei einer abstrakten Beurteilung das Abwasser oder der sonstige Stoff zu einer nachteiligen Änderung der Beschaffenheit des Grundwassers führen kann. Hieraus ergibt sich

aber, zugleich, daß die Einwirkung nicht abstrakt- typisch gefährlich sein muß, vielmehr die prognostisch zu ermittelnde adäquate Ursächlichkeit zwischen Einwirkung und negativer Beschaffenheitsveränderung für den Tatbestand des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG ausreicht. Aber selbst wenn im Einzelfall nicht einmal dieser geringe wasserwirtschaftliche Gefährlichkeitsgrad vorliegt, weil z.B. eine absolut undurchlässige Tonschicht das Versickern des Abwassers oder gelösten Stoffes in das Grundwasser verhindert, wird der Tatbestand des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG erfüllt. Es handelt sich demnach bei dieser kausalen Beziehung zwischen Handlung und potentiellem Erfolg um eine insofern abstrakte adäquate Gefährlichkeit, als sie sich nur nach der Beschaffenheit des Abwassers oder des sonstigen Stoffes beurteilt. Von einer bloßen Fiktion der Gefährlichkeit wie bei den Maßnahmen der §§ 13 I Nr. 1,2, BadWürtt-. 15 I Nr. 1,2 HessWG kann hier nicht gesprochen werden.

Die Begrenzung der erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Einwirkungen auf die nur abstrakt- adäquat gefährlichen erscheint gerechtfertigt, denn die Handlung ist beispielsweise im Verhältnis zu § 3 II Nr. 2 WHG durch eine besondere technische Ausführungsart bestimmt, die eine zielgerichtete [1] und darum abstrakt gefährliche Handlung darstellt. [2] Auch wenn im Einzelfall keine adäquat gefährliche Handlung vorliegt, wird man die Sachgerechtigkeit des baden- württembergischen Wassergesetzes bejahen müssen, oder zumindest hiergegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken beispielsweise unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erheben können. Denn für die Schaffung

1) Wohl ebenso Abt. Wasserrecht und Abwasserverregnung, ZfW 1965 S. 29.

2) Ein strukturell vergleichbarer Tatbestand wird unten in erweiternder Auslegung des § 3 II Nr. 2 WHG dargestellt. Vergl. Ausführungen auf S. 253 ff.

eines so weit reichenden Gefährdungstatbestandes durch Abstellen auf die Gefährlichkeit des Stoffes für das Grundwasser spricht einmal der beabsichtigte umfassende Schutz des wichtigsten Reservoirs an hochwertigem Wasser und zum anderen die nach ihrer Ausführungsart auf Inanspruchnahme des Grundwassers gerichtete Handlung, deren wasserwirtschaftliche Gefährlichkeit nicht der Benutzer allein beurteilen darf.

6. Die subjektiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen des § 3 II Nr. 1 WHG

Entbehrlich ist dieses einschränkende Tatbestandsmerkmal der abstrakt- typischen wasserwirtschaftlichen Gefährlichkeit, wenn die Anlagen zum Aufstauen, Absenken oder Umleiten von Grundwasser "bestimmt" sind. Bestimmt ist nicht gleichbedeutend mit objektiver Eignung irgendeines bestimmten Grades (äquivalent, adäquat, typisch)sondern eine Fixierung des Handlungszweckes. Wenn also Anlagen errichtet werden, u m Grundwasser aufzustauen ..., dann sind sie hierzu bestimmt i.S.d. § 3 II Nr. 1 WHG, unabhängig davon, ob dies der einzige Zweck ist, oder andere weitergehende erstrebt werden, was regelmäßig der Fall ist.

Fraglich ist jedoch, ob für das Vorliegen einer unechten Benutzung allein darauf abgestellt werden darf zu welchem Zweck der Unternehmer die Anlagen errichtet hat. Drei Fälle können hier unterschieden werden : Die Anlagen sind bestimmt u n d geeignet, Grundwasser aufzustauen, abzusenken oder umzuleiten. Dann können die Anlagen wenig geeignet, also relativ untaugliche Mittel sein. in dem konkreten Fall einen solchen Erfolg herbeizuführen. Schließlich ist es sogar möglich. daß die Anlagen absolut untaugliche Mittel sind.

Da die Merkmale "bestimmt" und "geeignet" in § 3 II Nr. 1 WHG alternativ gebracht werden, bietet der erste Fall keine Schwierigkeiten. Die Errichtung einer geeigneten Anlagen fällt stets unter § 3 II Nr. 1 WHG. Steht objektiv fest, daß die hierzu errichteten Anlagen nicht das Grundwasser aufstauen, absenken oder umleiten, obwohl diese Wirkung unter anderen Umständen möglich ist, dann kann man von einer relativen Untauglichkeit des Mittels sprechen. Eine erlaubnispflichtige Handlung nach §§ 3 II Nr. 1,2WHG wird man gleichwohl annehmen müssen. Denn der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung ja gerade die Handlung einer Vorkontrolle unterziehen, die nach dem Willen des Handelnden zu dem wasserwirtschaftlich erheblichen Ergebnis des Aufstauens, Absenkens oder Umleitens von Grundwasser führen sollen. Diesen zweckgerichteten Handlungen wohnt auch dann eine abstrakte Gefährlichkeit inne, wenn sie in konkreto relativ -bezogen auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles- untauglich sind. Man wird hier von subjektiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen sprechen können.

Sind die Anlagen hingegen absolut ungeeignet, können sie als unter keinen Umständen die örtliche Lage des Grundwassers beeinflussen, wie etwa das Aufstellen von sog. Wünschelruten zum Zwecke der Ansammlung von Grundwasser, dann handelt es sich nicht um eine Gewässerbenutzung, denn hier fehlt es an einer auch nur abstrakten Gefährlichkeit.

7. Die fiktiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt-, 15 I Nr. 1,2 HessWG

Wie bei § 3 I WHG ist auch in den Fällen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG eine Handlung Anknüpfungspunkt für das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, nämlich das Herstellen und Betreiben bestimmter Anlagen sowie das Errichten und Betreiben von Fähren.

Allerdings sind diese Handlungen nicht durch bestimmte technische Handlungsmerkmale (Entnehmen, Ableiten, Einbringen usf.) ausgezeichnet. Vielmehr handelt es sich um Handlungskomplexe verschiedenster Art, die nicht nur notwendig auf ein Gewässer gerichtete Einwirkungen umfassen. So gehören zur Herstellung eines Hafens beispielsweise viele Handlungen, die keineswegs das Gewässer zum Gegenstand haben. Es kommt daher nicht auf die Ausführungsart an, sondern nur darauf, daß eine der genannten Anlagen oder eine Fähre errichtet oder betrieben wird. Diese in der Regel größeren Anlagen haben nämlich immer bestimmungsgemäß -oder sind zumindest geeignet- Funktionen wahrzunehmen, mit denen wasserwirtschaftlich bedeutsame Gewässerinanspruchnahmen verbunden sind. Hieraus folgt, daß die Handlung als solche keine unmittelbare Einwirkung auf das Gewässer darstellen muß. Es reicht aus, daß der gesamte Handlungskomplex einen Zustand herbeiführt, der üblicherweise andere Einwirkungen auf das Gewässer ermöglicht und für sich allein schon eine beachtliche Gewässerinanspruchnahme darstellt. Somit sind viele der unter §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG fallenden Handlungen gleichsam nur Vorbereitungshandlungen, die ihrem objektiven Zweck nach echte Gewässerbenutzungen ermöglichen.

Allerdings enthalten die Tatbestände keinen, auch keinen potentiellen wasserwirtschaftlichen Handlungserfolg. Dieser wird vielmehr mit Rücksicht auf die Komplexität der Anlagen und deren "Ausstrahlung" auf das Gewässer fingiert, so daß von fiktiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Maßnahmen gesprochen werden kann. Welche Bedeutung das Fehlen eines tatsächlichen oder wenigstens potentiellen wasserwirtschaftlichen Handlungserfolgs für die Rechtsgültigkeit dieser Vorschriften hat, soll unten [1] untersucht werden.

1) Vergl. S. 253 ff.

In einer anderen Richtung ist jedoch eine Einschränkung erforderlich."Herstellen" kann nur bedeuten: Errichten der Anlagen an dem hierzu ausersehenen Standort. Insofern ist die Nr. 2 der genannten Vorschriften genauer redigiert. Andere Handlungen, wie etwa das Herstellen von Anlagenteilen in Werkstätten und ähnliches, sind selbstverständlich keine Quasibenutzungen.

8. Vergleichende Gegenüberstellung der Tatbestände.

Die Tatbestandsstruktur der unechten Benutzungen läßt sich stichwortartig wie folgt darstellen :

a) Die Tatbestände der §§ 3 II Nr. 2 WHG, 13 I Nr. 4 BadWürttWG und § 3 II Nr. 1 WHG in der Alternative: "..Anlagen, die geeignet sind...", umfassen:
   1. eine unbestimmte Handlung
   2. einen potentiellen Erfolg
   3. abstrakt- typische Kausalität

b) Hinsichtlich der §§ 3 II Nr. 2 WHG, 13 I Nr. 5 BadWürttWG liegt es folgendermaßen :
   1. eine nach der technischen Ausführungsart bestimmte Handlung
   2. einen potentiellen Erfolg
   3. abstrakt- adäquate Gefährlichkeit

c) § 3 II Nr. 1 WHG in der Alternative:"..Anlagen, die bestimmt ..."
   1. eine unbestimmte Handlung
   2. kein, auch kein potentieller Erfolg, denn auch relativ untaugliche Anlagen können tatbestandsmäßig sein.
   3. demzufolge auch keine Kausalitätsbeziehung. Die sachliche Rechtfertigung dieses extrem weiten Tatbestandes liegt in der besonderen Gefährlichkeit der gezielten Zweckverfolgung .

d) Die Tatbestandsstruktur der §§ 13 I Nr. 1, 2 BadWürtt-, 15 I Nr. 1,2 HessWG:

1. eine bestimmte Handlung
2. kein bestimmter Erfolg, obwohl dieser i.d.R. Folge der Handlung ist
3. demzufolge auch keine Kausalitätsbeziehung.

Der Grund für den erweiterten Schutz: Die Tatbestände beinhalten regelmäßig eine massive, andauernde Gewässereinwirkung.

Aus der vorstehenden Zusammenstellung wird ersichtlich, daß in dem Maße, in dem die Handlung bestimmter oder aus anderen Gründen wasserwirtschaftlich gefährlicher wird, die beiden übrigen Tatbestandsmerkmale- potentieller Erfolg und Kausalitätsbeziehung- an Gewicht verlieren und schließlich ganz entfallen.

IV. Andere Benutzungsmerkmale und das Verhältnis der Benutzungstatbestände zueinander

1. Einwirkungsschwere und - dauer

Nachdem die Einwirkungsrichtung - ein besonderer Aspekt des Benutzungsgegenstandes- und die Einwirkungsart dargestellt worden sind, soll im folgenden auf die Einwirkungsschwere und- dauer eingegangen werden. Hierbei geht es um die Frage, ob eine Benutzung oder Quasibenutzung voraussetzt, daß die Einwirkung von einer bestimmten Dauer und Schwere ist.

a) Die Regelung des § 3 II Nr. 2 WHG

Von allen Benutzungstatbeständen enthalten lediglich die §§ 3 II Nr. 2 WHG und 13 I Nr. 4 BadWürttWG eine ausdrückliche Regelung dieser Frage. Im Rahmen des § 3 II Nr. 2 WHG muß die schädliche Beschaffenheitsveränderung dauernd oder in ihrem Ausmaß nicht unerheblich sein. Das alternative, zeitliche Tatbestandsmerkmal "dauernd" liegt nicht nur vor, wenn positiv feststeht, daß die Schädigung immer bestehen bleiben wird, sondern man wird es als ausreichend ansehen müssen, daß die Schädigung für eine längere Zeit, deren Ende nicht genau bestimmt werden kann, eintritt.[1] Die andere restriktive Auslegung würde praktisch zu einer weitgehenden Nichtberücksichtigung abstrakt- typisch gefährlicher mittelbarer Gewässereinwirkungen führen,

1) Ebenso Sieder- Zeitler § 3 Anm. 29.

da die positive Feststellung einer zeitlich unbegrenzten Schädigung häufig gar nicht möglich ist. Mit dem von § 3 II Nr. 2 WHG verfolgten Zweck erscheint das nicht vereinbar und das angewandte gesetzestechnische Mittel würde ohne Not wieder stumpf: ein abstrakt- typisches Kausalverhältnis zwischen Handlung und potentiellem Erfolg, das außerdem noch durch die mögliche Mittelbarkeit der Auswirkung -Auftritt vermittelnder Zwischenursachen -gelockert wird, bildet den Kern eines weiten Gefährdungstatbestandes. Dieser würde entscheidend eingeschränkt und damit seiner Wirkung beraubt, wenn er die positive ex ante- Feststellung der zeitlich unbegrenzten Dauer der Schädigung voraussetzen würde.

Die Einwirkungsschwere ist angesprochen, wenn es in § 3 II Nr. 2 WHG heißt:"..in einem nicht unerheblichen Ausmaß ...". Übersehen wird zuweilen,[1] daß die Formulierung "nicht unerheblich" nicht identisch ist mit erheblich. Vielmehr wird durch die doppelte Negation üblicherweise eine Abschwächung des positiven Begriffs angestrebt und erreicht. Die Ausführungen zu dem Tatbestandsmerkmal dauernd sind auch hier geeignet, eine restriktive Auslegung des Begriffs "nicht unerheblich" vom Zweck des § 3 II Nr. 2 WHG her zu rechtfertigen, so daß "nicht unerheblich" ein geringeres Maß bezeichnet als der Begriff erheblich. Wo im Einzelfall die Grenze zwischen einer nicht unerheblichen oder einer unerheblichen Einwirkung zu ziehen ist, muß vom Begriff der Schädlichkeit her beurteilt werden. Absolute Maßstäbe gibt es nicht, da unter Schädlichkeit die abstrakte Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit zu verstehen ist, und diese die Summe der abstrakt möglichen und wasserwirtschaftlich erheblichen Verwendungszwecke des Wassers darstellt.[2] Auch wenn nur eine

1) So Sieder- Zeitler a.a.O.

2) Vergl. Ausführungen S. 212 f.

dieser Verwendungsmöglichkeiten durch die Einwirkung nicht unerheblich eingeschränkt wird, liegt eine erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Einwirkung nach § 3 II Nr. 2 WHG vor.

Nun möchte man versucht sein, zwischen den einzelnen Verwendungsmöglichkeiten des Wassers qualitative Unterschiede zu machen, um so zu einer weiteren Differenzierung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals "Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit" und daran anschließend zu einer nochmaligen Relativierung des Begriffs "nicht unerheblich" i.S.d.§ 3 II Nr. 2 WHG zu kommen. Zu denken wäre daran, weniger störende Einwirkungen als beispielsweise für die Trinkwasserversorgung nicht unerheblich, für die industrielle Wasserentnahme aber als unerheblich anzusehen.[1] Ein allgemeines Unterscheidungskriterium könnte das Gegensatzpaar der öffentlichen und privaten Verwendungszwecke sein.[2] Damit wäre aber der Benutzungsbegriff als ein in erster Linie verfahrenstechnischer Zweckbegriff überfordert, denn eine Belastung desselben mit derart diffizilen und i.d.R. sachlich anfechtbaren Wertungen würde seine praktische Brauchbarkeit in Frage stellen. Sein Zweck ist es nämlich, bestimmte Gewässereinwirkungen aufgrund einer ex-ante-Beurteilung durch den Benutzer in einem wasserrechtlichen Zulassungsverfahren zu überprüfen. Diese Beurteilung muß dem sachkundigen Benutzer in rechtssicherer Weise möglich sein. Daher können diese Wertungsfragen erst in dem jeweiligen Zulassungsverfahren Berücksichtigung finden.

- 227 -

1) Vergl.Scheuner,Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen,Festschrift für P.Gieseke S.87 f., der - allerdings in einem anderen Zusammenhang- den Versuch einer Rangordnung der einzelnen Benutzungsarten unternimmt.

2) Külz,Das "Wohl der Allgemeinheit"im Wasserhaushaltsgesetz,Festschrift für P.Gieseke S.2o4,hat im Interesse einer systematischen und nicht nur rein fallbezogenen Auslegung des Begriffs "Wohl der Allgemeinheit" Im WHG den Vorschlag gemacht, in differenzierender Form zwischen den in Konkurrenz miteinander liegenden"a) privatwirtschaftlichen Interessen untereinander,b)privatwirtschaftlichen mit öffentlichen Interessen,c)öffentlichen Interessen untereinander" zu unterscheiden.

b) Die Regelung des § 13 I Nr. 4 BadWürttWG

Zur Schwere und Dauer der tatbestandlich erforderlichen Einwirkungen nimmt auch § 13 I Nr. 4 BadWürttWG ausdrücklich Stellung : Die Freilegung des Grundwassers darf "nicht nur für kurze Zeit und in geringem Umfang" erfolgen. Im Gegensatz zu § 3 II Nr. 2 WHG wird das zeitliche und sachliche Tatbestandsmerkmal hier kumulativ gefordert. Das ist kein Redationsversehen, sondern eine sachliche, begründete Einengung der erlaubnis - oder bewilligungspflichtigen Einwirkungen. Denn § 3 II Nr. 2 WHG schützt ein sicherlich höherwertiges Gut- Reinheit des Wassers- , als § 13 I Nr. 4 BadWürttWG - örtliche Lage des Grundwassers.

Die Merkmale "nicht nur für kurze Zeit" und "nicht nur in geringem Umfang" sind relativer Art, wobei zu bemerken ist, daß "nicht nur für kurze Zeit" eine kürzere Zeitspanne umschreibt. als das oben ausgelegte Tatbestandsmerkmal des § 3 II Nr. 2 WHG "dauernd", das nach der hier vertretenen Auslegung bereits dann erfüllt ist, wenn die Schädigung für längere Zeit, deren Ende nicht genau bestimmt werden kann, eintritt. Beide Tatbestandsmerkmale, das zeitliche wie das sachliche, sind jeweils dahingehend konkretisierend zu deuten, ob in der besonderen Situation die Freilegung des Grundwassers die weit zu fassende abstrakte Verwendungsmöglichkeit des Wassers beeinträchtigt. Wenn diese Tatbestandseinschränkung bei dem analogen Fall des § 3 II Nr. 1 WHG fehlt, so ist das darauf zurückzuführen, daß nach § 3 II Nr. 1 WHG technisch bestimmte Handlungen zurecht als Anknüpfungspunkt für abstrakt- typisch gefährliche Gewässerinanspruchnahmen behandelt werden, während bei den technisch unbestimmten Handlungen des § 13 I Nr. 4 BadWürttWG der Gesetzgeber durchaus sachgerecht einen umfänglich qualifizierten wasserwirtschaftlichen Erfolg als Qualifiktionsmerkmal der Einwirkung wählte.

c) Entsprechende Anwendung dieser Regelung auf andere Tatbestände

Die Regelung des § 3 II Nr. 2 WHG hinsichtlich der Einwirkungsschwere und - dauer kann sicherlich nicht ohne weiteres auf die übrigen unechten und echten Benutzungen entsprechend angewandt werden. Denn der gesetzgeberische Grund für die Forderung der nicht unerheblichen, schädlichen Veränderung der Wasserbeschaffenheit entspricht dem durchaus sachgerechten Bemühen, den im übrigen sehr weitgehenden und wenig scharf gefaßten Tatbestand des § 3 II Nr. 2 WHG einzuengen. Alle übrigen Benutzungstatbestände sind aber im Verhältnis zu § 3 II Nr. 2 WHG enger, so daß von einer die Analogie möglicherweise rechtfertigenden vergleichbaren Interessenlage und einem ähnlichen Normzweck keine Rede sein kann.

Ein anderer Ansatzpunkt für eine in diesem Sinne einschränkende Ausfüllung des Benutzungsbegriffs könnte sich jedoch aus folgender Überlegung ergeben : Der Gemeingebrauch ist das sachlich am wenigsten eingreifende, das private Eigentum nutzungsrechtlich verdrängende öffentlich-rechtliche Benutzungsrecht,[1] also die erste Stufe der wasserwirtschaftlichen Nutzungsordnung. Auch wenn dieses Rechtsinstitut nicht kongruent auf den Benutzungsvorschriften der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG aufbaut, weil nicht alle gemeingebräuchlichen Handlungen Benutzungen sind, so kann die landesrechtliche Regelung des Gemeingebrauchs im Hinblick auf die hier anstehende Frage doch aufschlußreich sein. Denn auch die gemeingebräuchlichen Handlungen sind ähnlich wie die echten Benutzungen nach äußeren, technischen

1) Salzwedel, Gemeingebrauch im Wege- und Wasserrecht, ZfW 1962 S.73, und andere sind der Ansicht der Gemeingebrauch sei überhaupt ohne normative Geltungskraft. Zum "Rechtscharakter" des Gemeingebrauchs vergl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band S. 32o ff. mit vielen Literaturhinweisen.

Handlungsmerkmalen beschrieben, so daß man der Meinung sein könnte, daß nur die Gewässereinwirkungen Benutzungen oder Quasibenutzungen sind, die von einer für gemeingebrauchstaugliche Handlungen erforderlichen Schwere und Dauer sind. Wenn also die Landeswassergesetze [1] beispielsweise das Tränken von Vieh und das Schöpfen mit Handgefäßen als Gemeingebrauch statuieren, dann könnte man die vergleichsweise weniger gewichtigen Gewässerinanspruchnahmen, die nicht als gemeingebräuchliche Handlungen genannt werden, hinsichtlich ihres äußeren Erscheinungsbildes und der Einwirkungsart aber einen Benutzungstatbestand erfüllen, mangels der erforderlichen Einwirkungsschwere als Nichtbenutzungen ansehen. Das ist auch gerechtfertigt, da es nicht der Zweck der Benutzungsvorschriften sein kann, Handlungen einem behördlichen Kontrollverfahren zu unterstellen, die objektiv und nicht nur im Verhältnis zu dem jeweiligen Gewässer wasserwirtschaftlich bedeutungslos sind. [2]

Diese Handlungen näher zu beschreiben, ist allerdings insofern kaum möglich, als die landesrechtlichen Vorschriften über den Gemeingebrauch nur hinsichtlich des Benutzungstatbestandes des Entnehmens von Wasser aus oberirdischen Gewässern auf das Maß der Inanspruchnahme abstellen -"Schöpfen mit Handgefäßen" - hinsichtlich anderer Benutzungen aber daneben auch den Zweck ausschlaggebend sein lassen - "Waschen, Tränken und Schwemmen"-, und weil sie schließlich die meisten Benutzungen der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG

1) So §§ 26 BadWürtt-,21 Bay-, 25 Berl-,61 Brem-, 9 Hamb-, 27 Hess-,55 Niedersächs-, 31 NRW-, 26 RhPf-,24 Saarl- und 17 SchleswHWG.

2) Dem entspricht es, daß oben (vergl.Ausf.S.39 ff.) der von der Nutzungsordnung konstituierte Zweckbegriff "Gewässer"von kleinen Wasseransammlungen u.a. ebenfalls mittels des Kriteriums der abstrakt-möglichen gemeingebrauchstauglichen Handlung abgegrenzt wurde.

überhaupt nicht betreffen. Somit ist der Hinweis auf die Gemeingebrauchshandlungen, die schon von ihrer technischen Ausführungsart eine gewisse Einwirkungsschwere beinhalten, durchaus als Begründung dafür geeignet, daß das Merkmal der Einwirkungsschwere dem Benutzungsbegriff überhaupt inhärent ist. Einen Abgrenzungsmaßstab vermag der Hinweis jedoch nicht zu liefern. Allgemein läßt sich nur sagen, daß es sich um völlig unerhebliche Gewässerinanspruchnahmen handeln muß, wenn wegen fehlender Einwirkungsschwere eine Benutzung im Rechtssinne ausgeschlossen sein soll. So muß etwa die Entleerung eines Eimers Abwasser in ein oberirdisches Gewässer als Einleitung von Stoffen gem. § 3 I Nr. 5 WHG angesehen werden, da einerseits bereits das Entnehmen von Wasser aus oberirdischen Gewässern mit Handgefäßen gemeingebrauchstauglich ist, und andererseits die Einleitung von Stoffen in oberirdische Gewässer als gegenüber dem Entnehmen von Wasser sachlich gewichtigere Gewässerinanspruchnahme gewertet sind, wie die Nichterwähnung der ersten Handlung im Katalog der Gemeingebrauchshandlungen zeigt.

Der Benutzungsbegriff kann darüber hinaus auch nicht als das geeignete Mittel zu einer sachlich sicherlich erforderlichen Differenzierung unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsschwere sein. Neben der Berücksichtigung dieser Umstände im Zulassungsverfahren [1] kommen als taugliche Mittel beispielsweise eine Klassifizierung der Gewässer durch den Gesetzgeber [2] oder

1) Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für P.Gieseke,S.87 und im Anschluß hieran Gieseke,Stand der wasserrechtlichen Entwicklung in der Bundesrepublik,WaWi Heft 12 S.18 f., sehen zu Recht in dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit ein Ordnungsprinzip, das von den Wasserbehörden bereits bei der Zulassung von Benutzungen zu beachten ist, und das nicht nur das Verhältnis der Nutzungsberechtigten untereinander regelt.

2) Zur Klassifizierung der Gewässer vergl.Derpa,Reinhalteordnungen und Klassifizierung der Gewässer,9o. Kolloquium.

eine detaillierte Regelung der gesetzlichen Benutzungsrechte, wie dies die Landeswassergesetze in Form von Ermächtigungsvorschriften für die Wasserbehörden in Bezug auf den Gemeingebrauch vorsehen, und in Entsprechung hierzu eine die naturgegebenen Verschiedenheiten berücksichtigende Neuregelung [1] der Duldungspflichten des Gewässereigentümers in Betracht.

d) Die summierte Einwirkung

Im Rahmen der Untersuchung der tatbestandlich erforderlichen Einwirkungsschwere muß auch kurz auf das Problem der summierten Einwirkung eingegangen werden. Hierunter ist der Fall zu verstehen, daß die Einwirkung für sich betrachtet nur unerhebliche Auswirkungen auf das Gewässer hat, jedoch im Zusammenwirken mit anderen Ursachen zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Wasserbeschaffenheit führt. Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Frage nur [2] im Zusammenhang mit § 27 WHG befaßt und ausgeführt: [3]

> " Diese Bestimmung gibt dem Gedanken Ausdruck, daß die zur Reinhaltung der oberirdischen Gewässer erforderlichen Maßnahmen nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Einzelfalles beurteilt werden dürfen, sondern daß vielmehr kleine, im einzelnen unschädliche Benutzungen insgesamt doch große Schäden verursachen können. Die einzelne Zuführung von Stoffen oder Ableiten von Wasser soll von der Gesamtschau auf das Gewässer beurteilt werden, weil das Gewässer als wasserwirtschaftliche Einheit zu betrachten ist."

- 232 -

1) Salzwedel, Der Rechtsweg im Wasserrecht, WaWi Heft 12 S. 59 bemerkt zu Recht:"Im Gegensatz zum Preußischen Wassergesetz wird ja heute unter dem Vorwand der natürlichen Einheit des Wasserhaushalts kaum noch zwischen dem Rhein und einem irgendwo gelegenen kleinen Fischteich unterschieden..."

2) Vergl. Amtliche Begründung zu § 27, BT- Drucksache 2o72 S. 33.

3) Wie Anm. 2.

Nach den vorangegangenen Ausführungen kommt dieser Frage für die echten Benutzungen keine praktische Bedeutung zu. Hinsichtlich der Quasibenutzungen ist festzustellen, daß es sich bei dem Problem der summierten Einwirkungen um nichts anderes als den tatbestandlichen Kausalzusammenhang zwischen Benutzungshandlung - und auswirkung handelt. Demnach muß entsprechend der Tatbestandsstruktur der unechten Benutzungen- mit Ausnahme des Sonderfalles der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG, bei denen das Problem gar nicht auftreten kann, da nicht auf einen potentiellen Erfolg abgestellt wird- die auch durch andere Ursachen vermittelte Auswirkung abstrakt- typisch oder adäquat- kausal sein.

2. Subjektive Benutzungselemente

a) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Die erste und naheliegenste Frage ist, ob eine Benutzung oder Quasibenutzung Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt. Einige Formulierungen in der Literatur [1] und den Gesetzesmotiven [2] legen diesen Schluß jedenfalls nahe, wenn es dort heißt, daß jedes Einleiten und Einbringen bewußtes Handeln sein müsse. Wie aber schon oben [3] ausgeführt wurde, ist damit in diesem Zusammenhang nur eine -nach der hier vertretenen Auffassung unzutreffende- Umschreibung des objektiven Benutzungselements der Unmittelbarkeit gemeint.

1) Vergl. Michaelis, Zur wasserrechtlichen Haftung der Gemeinden -Ein Diskussionsbeitrag -GWF 1961 S.726; Boehme,Zur Haftung der Gemeinden für Abwasserschäden BadWürttVBl. 1962 S.49;Franz Otto,Die Haftung des Kanalisationsbenutzers nach Inkrafttreten des WHG, DVBl. 1963 S. 323 f.;Rehder § 1o7 Anm.1 und Burghartz § 3 WHG Anm.1.

2) Vergl. Bericht des Sonderausschusses, BT- Drucks. 3536 S.14 zu § 25 a) des Regierungsentwurfs.

3) Siehe Ausführungen S. 186 ff. und Anm.3. auf S.192.

Die Annahme, die Benutzung und Quasibenutzung setze Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit voraus, [1] kann zweierlei bedeuten, je nachdem, welchen Bezugspunkt man für dieses Merkmal wählt. Einmal kann das heißen, die Handlung, d.h. die Setzung einer Ursache, muß vorsätzlich oder fahrlässig sein, zum anderen kann darunter aber auch zu verstehen sein, daß der Handlungserfolg, also die Handlung und ihr weiterer Kausalverlauf, vom Vorsatz umfaßt bzw. fahrlässig nicht umfaßt sein muß.

Die Vorschriften, die sich mit der zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Haftung für rechtmäßige und rechtswidrige Benutzungserfolge befassen, geben für die Beantwortung unserer Frage nichts her, da die Benutzung entweder nur eine von mehreren Haftungsvoraussetzungen ist [2] oder Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht gefordert werden [3] oder weil sie sich auf andere Merkmale beziehen müssen. [4] Daß es aber auf den konkreten Erfolg als Qualifikationsmerkmal für eine Handlung als Benutzung oder Nichtbenutzung nicht ankommt, ergibt sich bereits aus der im Zusammenhang mit der Einwirkungsart dargestellten Tatbestandsstruktur der echten und unechten Benutzungen : Bei den echten Benutzungen schafft die in einer bestimmten technischen Form ausgeführte unmittelbare Gewässereinwirkung eine ausreichende Beziehung

- 234 -

1) So Zanker, Voraussetzungen der Gewässerbenutzung, BayVBl. 1964 S. 36o ist der Ansicht, daß bestimmte Tatbestände des § 3 I WHG nur mit direktem Vorsatz erfüllt werden können.

2) Vergl. §§ 22 I Nr. 1,1. Alternative, 38 I Nr. 1, 1.Alternative.

3) So § 22 WHG.

4) So §§ 28, 41 WHG,Vergl.auch OLG Hamm in ZfW 1963 S. 317,das für die Fahrlässigkeit des § 38 WHG nicht das Einbringen und Ei nleiten zum Bezugspunkt wählt. Allerdings ist der Benutzungsbegriff hier nicht richtig gesehen. So auch Wernicke, Anmerkung a.a.O.

zwischen Handlung und wasserwirtschaftlicher Auswirkung. Die unechten Benutzungen stellen teils überhaupt nicht, teils nur auf einen potentiellen wasserwirtschaftlichen Erfolg ab.

Ein weiteres Argument dafür, daß ein Benutzungserfolg nicht erforderlich ist, und der Vorsatz und die Fahrlässigkeit sich jedenfalls nicht hierauf erstrecken müssen, ergibt sich aus § 1o II WHG.

Offen ist jedoch die weitere Frage, ob die Benutzungshandlung als solche vorsätzlich oder fahrlässig sein muß. Vorsatz im Rechtssinne bedeutet "Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmale". [1] Bei der echten Benutzung des § 3 I Nr. 1 WHG würde dies bedeuten, daß sich die Kenntnis und der Wille des Handelnden auf die Merkmale Entnehmen und Ableiten, Wasser aus oberirdischen Gewässern und Unmittelbarkeit der Einwirkung erstrecken müssen. Bezugspunkt des Wissens- und Willenselements wären bei § 3 I[I] Nr. 2 WHG die Einwirkung, die mögliche nachteilige Beschaffenheitsveränderung des Wassers in einem dauernden oder nicht unerheblichen Ausmaß und die abstrakttypische kausale Beziehung zwischen Handlung und potentieller Auswirkung. Würde man nun Vorsatz im Rechtssinne als konstruktives Benutzungselement fordern, dann hieße dies, daß beispielsweise ein Zurechnungsunfähiger kein Gewässer benutzen kann, der Irrtum über ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal je nach der Beschaffenheit des Irrtums die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Gewässerbenutzung ausschlösse usf. Das aber kann nicht richtig sein. Denn Aufgabe des Benutzungsbegriffs ist es lediglich, aus dem großen Kreis der

- 236 -

1) Vergl. Schönke-Schröder § 59 Anm.II 6;Palandt § 276 Anm.3; jeweils mit weiteren Literaturhinweisen.

Einwirkungen auf Gewässer diejenigen herauszunehmen, die objektiv gefährlich sind, sei es wegen ihrer Ausführungsart -so die echten Benutzungen- oder wegen ihrer besonderen Eignung einen bestimmten nachteiligen wasserwirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen- so i.d. R. die unechten Benutzungen. Für diese Abgrenzung sind subjektive Gesichtspunkte grundsätzlich untaugliche Kriterien. Das trifft auf jeden Fall für den Vorsatz und die Fahrlässigkeit im Rechtssinne zu.

Aber auch ein Vorsatz im natürlichen Sinne braucht nicht vorzuliegen. Unter Vorsatz im natürlichen Sinne ist das bewußte Handeln schlechthin zu verstehen.[1] In diesem Sinne kann auch ein Zurechnungsunfähiger vorsätzlich handeln.[2] Bezüglich der Einleitung und Einbringung von Stoffen in ober- oder unterirdische Gewässer wird, wie ausgeführt wurde,[3] die Ansicht vertreten, die Handlungen müßten bewußt- also wohl vorsätzlich im natürlichen Sinne sein. Richtig ist, daß diese, wie überhaupt alle Benutzungshandlungen regelmäßig bewußt ausgeführt werden. Das muß jedoch nicht immer so sein. Häufig wird die Benutzungshandlung versehentlich, ungewollt oder unbewußt sein.

Unerheblich ist es auch, ob die Benutzungshandlung fahrlässig oder nicht fahrlässig ist.[4] Das mögliche Bedenken, nur wenn dem Handelnden aufgrund einer

1) Zum Begriff des natürlichen Vorsatzes vergl.BGH in NJW 1953 S.1442;Schönke-Schröder § 59 Anm.IV 4 und Schwarz- Dreher § 59 Anm. 2 C, jeweils mit weiteren Literaturhinweisen.
2) Vergl. §§ 42 b StGB und 33o a StGB.
3) Vergl.Ausführungen S. 186 ff.
Auch Sieder-Zeitler § 22 Anm.18, sind offenbar der Ansicht, daß jede echte Benutzung Vorsatz im natürlichen Sinne voraussetzt, wenn sie ausführen:"Für die Auslegung des § 22 I WHG ist besonders hervorzuheben, daß das Einleiten oder Einbringen bewußt geschehen muß."Ebenso Renand Die Bewilligung und Erlaubnis nach dem Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung des Landeswassergesetzes von Rheinland- Pfalz S. 12 f.
4) H.M. vergl.für viele:Gieseke,Die Haftung für Änderungen der Wasserbesch.nach d.neuen Dt.Wasserrecht, ZfW 1962 S.9;Abt.D. haftungsrechtl.Problem d.mittelb.Einleitung RdWaWi Heft 12 S. 1o3.

ex-ante-Beurteilung die Erkenntnis der nutzungsrechtlichen Relevanz seiner Handlung möglich sei, könne er entsprechend dem Zweck der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt-, 15 HessWG i.Verb.m. 2 WHG das präventive Zulassungsverfahren in Gang bringen, überzeugt nicht. Es ist nämlich auch insoweit auf objektive Maßstäbe abzustellen. Dabei zeigt sich, wenn man sich die bereits dargestellte rein objektiv bestimmte Tatbestandsstruktur der echten und unechten Benutzungen vergegenwärtigt, daß Benutzungshandlungen ohne ein objektives Maß an "Pflichtverletzung" -was hier bedeuten soll: Nichterkennen der wasserrechtlichen Relevanz der Handlung -gar nicht möglich sind. Die echten Benutzungen sind als solche von jedem sachkundigen Benutzer zu erkennen, da sie eine objektiv auf ein Gewässer gerichtete, nach ihrem äußeren technischen Erscheinungsbild tatbestandlich abgegrenzte Handlung voraussetzen. Bei den unechten Benutzungen liegt es hinsichtlich des Grades der objektiven Erkennbarkeit der wasserrechtlichen Relevanz im wesentlichen ebenso. Der i.d.R. tatbestandlich erforderliche enge Kausalzusammenhang zwischen Handlung und potentiellem Erfolg, nämlich abstrakt -typische Ursächlichkeit, gewährleistet, daß eine zutreffende rechtliche Beurteilung des jeweiligen wasserwirtschaftlichen Vorhabens im Sinne der Alternativfeststellung Benutzung der Nichtbenutzung jedem sachkundigen Benutzer möglich ist. Hinsichtlich der unechten Benutzungen, die keine abstrakt-typische Gefährlichkeit der Handlung voraussetzen, liegt es im Ergebnis ebenso, da in diesen Fällen die Benutzungshandlung entweder nach ihrer technischen Ausführungsart bestimmt ist oder jedenfalls tatbestandlich konkreter gefaßt ist, als beispielsweise in § 3 II Nr. 2 WHG.

Daher besteht auch aus praktischen Gründen -etwa um möglicherweise unbillige Haftungsfolgen einer Gewässerbenutzung auszuschließen- kein Anlaß, den Benutzungsbegriff außer durch die bereits erörterten Benutzungselemente auch noch durch subjektive Merkmale

wie Vorsatz oder Fahrlässigkeit auszufüllen. Man wird im Gegenteil gerade aus praktischen Gründen, nämlich um der Verwirklichung eines Höchstmaßes an wasserwirtschaftlicher Ordnung willen, nicht subjektive Zufälligkeiten dafür entscheidend sein lassen können, ob Gewässereinwirkungen nach § 2 WHG einer vorsorglichen Verwaltungsvorkontrolle unterzogen werden müssen oder nicht.

b) Andere subjektive Benutzungselemente

Eine Besonderheit ist bereits oben erwähnt worden, und zwar die "Bestimmung" einer Anlage zum Aufstauen, Absenken oder Umleiten von Grundwasser. In diesem einzigartigen Fall kann allein durch die subjektive Zweckrichtung der Handlung - es sei denn, die Anlage ist absolut untauglich, zu einem der in § 3 II Nr. 1 WHG genannten potentiellen wasserwirtschaftlichen Erfolge zu führen- ein Benutzungstatbestand erfüllt werden.

Abschließend ist noch der Benutzungszweck zu besprechen. Auch hier muß man nach den oben zum Vorsatz und zur Fahrlässigkeit vorgetragenen Argumenten zu der Auslegung gelangen, daß der objektive Zweck des gesetzlichen Benutzungsbegriffs die Berücksichtigung der Handlungsabsicht nicht gestattet, wenn es um die Frage geht, ob überhaupt eine Gewässerbenutzung vorliegt. Im Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren hingegen spielt der Benutzungszweck selbstverständlich eine Rolle. [1)]

1) Vergl.Scheuner,Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für P. Gieseke S. 87 f. und Külz, Das "Wohl der Allgemeinheit" im Wasserhaushaltsgesetz, ebenda S.2o4.

Nur negativ ist der subjektive Handlungszweck von Bedeutung, und zwar insofern, als eine Gewässerbenutzung dann nicht vorliegt, wenn der Handelnde das Gewässer unterhalten oder ausbauen w i l l , und seine Handlung geeignet ist, einen solchen Erfolg herbeizuführen.[1] Wer also aus einem Gewässerbett Bodenbestandteile entnimmt, um beispielsweise einen ordnungsgemäßen Wasserabfluß zu gewährleisten oder wiederherzustellen, übt selbst dann keine Gewässerbenutzung aus, wenn er zugleich die Absicht hat, die Stoffe zu veräußern,zu verbrauchen oder anderweitig zu verwenden. Ist jedoch letzteres der entscheidende Handlungsgrund, so ändert auch der Umstand, daß die Maßnahme für die Unterhaltung des Gewässers vorteilhaft ist, nichts am Vorliegen einer dem verfahrenstechnischen Verbot des § 2 WHG unterliegenden Gewässerbenutzung.[2] Somit kann man den Handlungszweck als ein negatives Tatbestandsmerkmal der Gewässerbenutzung auffassen, wobei aber zu beachten ist, daß der ausschlaggebende Beweggrund der Handlung die Unterhaltung oder der Ausbau des Gewässers sein muß und andere beabsichtigte oder in Kauf genommene Zwecke le - diglich Begleit- oder Folgeerscheinung der Unterhaltung oder des Ausbaus sein dürfen.

3. Verhältnis der Benutzungstatbestände zueinander

a) Verhältnis der echten zu den unechten Benutzungen

Die Meinung, § 3 II Nr. 2 WHG komme nur dann zur Anwendung, wenn keiner der Tatbestände des § 3 I WHG vorliegt, da diese Tatbestände nach dem Spezialitätsgrundsatz vorgehen würden,[3] ist zumindest in der

1) Vergl. Ausführungen S. 159.
2) Ebenso Gieseke,Benutzung oder Ausbau von Gewässern? ZfW 1963 S. 36o.
3) So Sieder- Zeitler § 3 Anm. 29.

Begründung bedenklich. Was aber für das Verhältnis des § 3 II Nr. 2 WHG zu § 3 I WHG gilt, muß für alle unechten Benutzungen der §§ 3 II Nr. 1,2 WHG, 13 I Nr. 1,2,4,5 BadWürtt-und 15 I Nr. 1,2 HessWG gegenüber allen echten Benutzungen der §§ 3 I WHG und 13 I Nr. 3 BadWürttWG gelten, da der Tatbestandsaufbau im Prinzip gleich ist. Von einem echten Spezialitätsverhältnis zwischen § 3 II Nr. 2 WHG und § 3 I WHG könnte man nur dann sprechen, wenn beide Vorschriften denselben Sachverhalt erfassen würden, und § 3 I WHG nur hinsichtlich eines oder mehrerer Begriffsmerkmale enger begrenzt und spezieller ausgestaltet wäre.[1] Das ist aber nicht der Fall. § 3 II Nr. 2 WHG hat einen nach Einwirkungsart und- objekt -Wasser in seiner jeweiligen gütemäßigen Beschaffenheit- von § 3 I WHG grundsätzlich verschiedenen Tatbestand. Es ist zwar möglich, daß beispielsweise durch ein Einleiten oder Einbringen von Stoffen auch eine dauernde oder nicht unerhebliche schädliche Veränderung der Beschaffenheit des Wassers bewirkt wird. Ein Spezialitätsverhältnis aber vermag diese grundsätzlich nur zufällige und partielle Übereinstimmung der Auswirkungen der Benutzungshandlung mit denen einer Einwirkung nach § 3 II Nr. 2 WHG nicht zu begründen.

In Betracht kommt jedoch eine Subsidiarität der unechten gegenüber den echten Benutzungen. Subsidiarität liegt dann vor, wenn mehrere gesetzliche Vorschriften auf einen Sachverhalt zutreffen und die eine nur hilfsweise für den Fall angewendet werden kann, daß nicht bereits die andere eingreift.[2] Da die Wassergesetze keine ausdrückliche Subsidiaritätsklausel enthalten, kommt es darauf an, ob nach dem objektiven Gesetzeszweck und dem Zusammenhang der Vorschriften die Tatbestände der echten Benutzungen die unechten Benutzungen

1) Zur Frage der Spezialität von Strafgesetzen vergl. RGSt 14, 386; 60, 122.
2) So Schönke- Schröder, § 73 Vorbem.VII 1;Schwarz-Dreher § 73 Vorbem.2 A b;jeweils mit weiteren Literaturhinweisen.

in der geschilderten Art verdrängen. Das ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die eine Form der Rechtsgutverletzung oder -gefährdung intensiver ist als die andere, und beide dasselbe oder ein vergleichbares Rechtsgut betreffen.[1] Letzteres ist gegeben, wie die Ausführungen über den Benutzungsgegenstand, die Einwirkungsrichtung und die Einwirkungsart gezeigt haben. Somit kann man die unechten Benutzungen als subsidiär gegenüber den echten Benutzungen bezeichnen.

Der praktisch bedeutsame Unterschied zur Spezialität ist darin zu sehen, daß bei der Subsiarität die Anwendbarkeit der subsidiären Vorschrift nur hilfsweise ausgeschlossen ist, d.h. diese Vorschrift tritt nur dann und soweit zurück, als die vorgehende Norm durchgreift. An einem praktischen Fall dargelegt, sieht das folgendermaßen aus : Die Einleitung nicht satzungsgemäßer Abwässer in eine in einen Vorfluter via Kläranlage führende Kanalisation ist nach der hier vertretenen Ansicht eine objektiv- finale Gewässereinwirkung, die i.d.R.mangels Unmittelbarkeit der Einwirkung nicht den Tatbestand des § 3 I Nr. 4 WHG erfüllt. Wäre nun § 3 I Nr. 4 WHG speziell zu § 3 II Nr. 2 WHG, so läge überhaupt keine Gewässerbenutzung vor. Da § 3 II Nr. 2 WHG aber lediglich in einem Subsidiaritätsverhältnis zu § 3 I Nr.4 WHG steht, stellt die Einleitung der Abwässer eine Quasibenutzung und, sofern sie fahrlässig oder vorsätzlich begangen ist, eine Ordnungswidrigkeit nach § 41 I Nr. 1 WHG dar.

---

1) Vergl. Anm. 2 auf S.239 und RGSt 68,146; 59, 113.

b) Die Sonderstellung des § 3 II Nr. 2 WHG

Erwähnt werden muß noch das besondere Verhältnis des § 3 II Nr. 2 WHG zu der Sonderregelung des § 13 I Nr.5 BadWürttWG und sodann das Verhältnis zu den übrigen Benutzungstatbeständen.

Sowohl § 3 II Nr. 2 WHG als auch § 13 I Nr. 5 BadWürttWG betreffen die nachteilige Beschaffenheitsveränderung des Wassers. Dabei ist der Tatbestand des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG jedoch in folgenden Punkten enger und somit spezieller:

Die Einwirkungen des § 13 I Nr. 5 BadWürttWG haben primär nur das Grundwasser zum Gegenstand. Dann sind die in Betracht kommenden Maßnahmen nach ihrer technischen Ausführungsart beschrieben. Es sind dies das Versickern, Verregnen und Verrieseln. Und schließlich ist jede nachteilige potentielle Veränderung der Beschaffenheit des Grundwassers -gleichgültig welchen Ausmaßes- tatbestandsmäßig, wobei es ausreicht, daß die Stoffe und nicht auch die Handlung geeignet sind, den Erfolg herbeizuführen. Daraus folgt, daß § 13 I Nr. 5 BadWürttWG gegenüber § 3 II Nr. 2 WHG erstens eine sachlich eigenständige Regelung enthält und zum zweiten lex specialis ist.

In Bezug auf die übrigen Benutzungstatbestände nimmt § 3 II Nr. 2 WHG insofern eine Sonderstellung ein, als man diese Vorschrift als Auffangtatbestand bezeichnen kann. Denn sie geht sowohl vom Tatbestandsaufbau wie auch vom Tatbestandsinhalt her weiter als alle übrigen Benutzungsvorschriften mit Ausnahme des soeben besprochenen § 13 I Nr. 5 BadWürttWG. Da § 3 II Nr. 2 WHG andere sachlich, aber trotzdem vergleichbare Einwirkungen auf die Gewässer betrifft als die anderen Benutzungsvorschriften, besteht diesen gegenüber ein Subsidiaritäts- und nicht ein Spezialitätsverhältnis.

c) Ausschließlichkeit der Benutzungstatbestände

Erfüllt eine Handlung oder ein Handlungskomplex den Tatbestand mehrerer Benutzungsvorschriften, so tritt die Frage auf, ob jeder der einzelnen Auswirkungen im Rahmen der §§ 3 WHG, 13 I BadWürtt- und 15 Hess-WG selbständige Bedeutung zukommt, d.h. ob sie jeweils für sich betrachtet erlaubnis- oder bewilligungspflichtig sind. Einige Beispiele mögen zur Verdeutlichung des angeschnittenen Rechtsproblems beitragen :

Wer mit Handgefäßen aus oberirdischen Gewässern Wasser entnimmt -nach allen Landeswassergesetzen eine gemeingebräuchliche Gewässereinwirkung - , begeht zugleich durch das Einbringen fester Stoffe eine erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Handlung. Entsprechendes gilt für die mittels besonderer im Gewässer befindlicher Benutzungsanlagen ausgeübten Benutzungen. Auch hier wird das Ableiten, Einleiten, Aufstauen usf.i.d.R. ein Einbringen fester Stoffe zur Voraussetzung oder Begleiterscheinung haben. Ferner wird häufig eine Handlung mehrere Gewässereinwirkungen umfassen, also verschiedene Benutzungstatbestände erfüllen. So kann das Aufstauen zu einem Absenken im Unterlauf, das Einleiten zu einem Aufstauen und einer nachteiligen Beschaffenheitsveränderung des Wassers führen. Das kann unter dem Gesichtspunkt praktisch bedeutsam sein, daß nur eine der Einwirkungen erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist, während andere etwa als Gemein- oder Eigentümergebrauch zulassungsfrei ausgeübt werden dürfen.

Auch die gesetzlichen Beschränkungen und Rechtsfolgen der einzelnen Benutzungen können verschieden sein. Während die Einleitung -und hinsichtlich der oberirdischen Gewässer auch das Einbringen- von Stoffen den besonderen Verbotsvorschriften der §§ 26, 34 WHG unterstehen, sind die Maßnahmen des § 3 I Nr. 1 WHG beispielsweise auch nach §§ 2,6 WHG verboten. Was die Rechtsfolgen angeht, so fallen unter §§ 22 WHG nur

unmittelbare Gewässereinwirkungen, und auch § 38 WHG hat nur einige wenige Benutzungstatbestände als Anknüpfungspunkt für die Strafandrohung. Aus diesen Gründen der unterschiedlichen gesetzlichen Behandlung der einzelnen Benutzungstatbestände muß im Einzelfall Klarheit darüber bestehen, wie eine Handlung, die mehrere Tatbestände der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG erfüllt, nutzungsrechtlich zu beurteilen ist.

Diese Fälle danach zu gliedern, ob die weiteren Einwirkungen, die einen Benutzungstatbestand erfüllen, eine grundsätzlich zufällige Voraussetzung, Begleit- oder Folgeerscheinung einer Benutzungshandlung sind, oder ob sie notwendiger -oder wenigstens typischerweise hiermit verbunden sind, würde uns einer Antwort auf die oben gestellte Frage zunächst nicht näher bringen. Auszugehen ist vielmehr von dem durch die tatbestandliche Erfassung bestimmter Gewässereinwirkungen verfolgten Zweck. Dieser ist, wie sich aus § 2 WHG ergibt, rein verfahrenstechnischer Natur, und zwar sollen tatbestandlich bestimmte oder bestimmbare Einwirkungen auf ober- und unterirdische Gewässer einem vorsorglichen wasserbehördlichen Kontrollverfahren unterzogen werden. Art und Inhalt dieser Kontrolle aber müssen entscheidend dafür sein, ob in diesen Fällen, in denen eine Handlung oder ein Handlungskomplex den Tatbestand mehrerer Benutzungsvorschriften erfüllt, auch jede dieser Handlungen gesondert erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist.

Das Bewilligungs- und zum Teil auch das Erlaubnisverfahren sind förmlich.[1)] In diesen Verfahren kann nach den insoweit zwingenden bundesrechtlichen Bestimmungen der §§ 7, 8 WHG nur eine nach Art, Maß und Zweck bestimmte Benutzung erlaubt werden, und eine Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn unter anderem der

1) Hinsichtlich des Erlaubnisverfahrens vergl. die Vorschriften der §§ 1o8 III BadWürttWG;84 BayWG;28 BremWG; 92 II HambWG;28 NiedersWG; 121 RhPfWG; 111 SaarlWG; 89 SchleswHWG.

bestimmte Benutzungszweck auch nach einem bestimmten Plan verfolgt wird. Somit erfährt im Kontrollverfahren, nämlich als Zulässigkeitsvoraussetzung des Erlaubnis- bzw. Bewilligungsantrages, die Gewässerbenutzung eine weitgehende Konkretisierung, die durch das Merkmal des Benutzungszweckes über die wasserwirtschaftlichen Bestimmungskriterien hinausgeht. Jetzt hat man es nicht mehr mit einer abstrakten und im wesentlichen nur nach objektiven Gesichtspunkten eingegrenzten Handlung zu tun, sondern durch die Bestimmung der Handlung nach Art, Maß und Zweck entsteht eine neue, rechtlich faßbare Größe: Das wasserwirtschaftliche Unternehmen. Über dieses als eine rechtliche Einheit verstandene wasserwirtschaftliche Unternehmen wird im Zulassungsverfahren entschieden, wobei die Frage, ob die Handlung einen oder mehrere Benutzungstatbestände erfüllt, nur eine von mehreren materiellen Entscheidungsvoraussetzungen ist. Der eigentliche Entscheidungsgegenstand ist das wasserwirtschaftliche Unternehmen. Die Einheitlichkeit des Unternehmens ist nach wasserwirtschaftlichen Gesichtspunkten und dem Handlungszweck zu beurteilen. Wer Abwasser in ein oberirdisches Gewässer einleitet und dadurch etwa neben § 3 I Nr. 4 WHG auch noch die Tatbestände des § 3 I Nr. 3 und II Nr. 2 WHG erfüllt, muß für die Einleitung, nicht auch gesondert für die der Einleitung unmittelbar dienenden Benutzungsanlagen, das Aufstauen des Gewässers und die negative Beschaffenheitsveränderung des Wassers eine Erlaubnis oder Bewilligung beantragen. Nicht zu diesem wasserwirtschaftlichen Unternehmen würde z.B. die vorherige Entnahme des später wieder eingeleiteten Wassers rechnen. Ein anderes Beispiel dafür, daß ein wirtschaftliches Unternehmen mehrere wasserwirtschaftliche Unternehmen umschließt, ist die Errichtung eines Seitenkanalkraftwerks.[1] Das Aufstauen

1) Das Beispiel stammt von Sieder- Zeitler § 3 Anm.7.

des Hauptgewässers, das Ausleiten des Wassers zum Kraftwerk und das Einleiten aus dem Triebwerkskanal in das Hauptgewässer müssen als verschiedene, selbständige wasserwirtschaftliche Unternehmen, die jedes für sich einer Erlaubnis oder Bewilligung bedürfen, angesehen werden. Somit läßt sich abstrakt sagen, daß zu einem wasserwirtschaftlichen Unternehmen neben der unmittelbar bezweckten Benutzungshandlung auch diejenigen nutzungsrechtlich erheblichen Gewässereinwirkungen gehören, die notwendige oder wenigstens unmittelbare Voraussetzung, Begleiterscheinung oder Folgeerscheinung sind.[1)]

1) Im Ergebnis ähnlich Jäger, Rechtsfragen der Erlaubnis und der Bewilligung, ZfW 1964 S. 46.

C) Erkenntnisse und Schlußfolgerungen

In diesem Abschnitt sollen aus den anläßlich der Untersuchung der ungeschriebenen Merkmale des Benutzungsbegriffs und der Tatbestandsstrukturen gewonnenen Erkenntnissen Schlußfolgerungen gezogen werden. Und zwar in zwei Richtungen : Zunächst wird unter Zugrundelegung der derzeit geltenden gesetzlichen Regelung der Verbotsraum des § 2 WHG abzugrenzen sein. Hierbei wird sich, entgegen dem Wortlaut der Wassergesetze, sowohl eine Erweiterung als auch eine Einengung der Benutzungstatbestände ergeben. Zum anderen soll der Versuch unternommen werden, den Entwurf zur Novellierung der Benutzungsregelung aufzustellen. Dies soll unter ausdrücklicher Beibehaltung der von den Wassergesetzen getroffenen wasserwirtschaftlichen Wertentscheidungen, die sich durchgehend in den verschiedensten Vorschriften aufzeigen lassen, geschehen.

I. Abgrenzung des Verbotsraumes des § 2 WHG

1. Verfassungswidrigkeit der §§ 12 I Nr. 1,2 BadWürtt-, 15 I Nr. 1,2 HessWG

Die schon wiederholt angesprochenen Bedenken hinsichtlich der Rechtsgültigkeit dieser landesrechtlichen Vorschriften ergeben sich aus folgenden Überlegungen :

Die Benutzungstatbestände des § 3 I, II WHG stellen alle eine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme dar. Dagegen beinhalten die den § 3 WHG ergänzenden Vorschriften der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt-

15 I Nr. 1,2 HessWG keine vergleichbare Einwirkung. Außerdem ist zweifelhaft, ob die sich an das Vorliegen einer Gewässerbenutzung anschließenden gesetzlichen Rechtsfolgen auch auf die Handlungen der §§ 13 I Nr. 1,2 Bad-Württ-, 15 I Nr.1,2 HessWG anwendbar sind. Unter diesen beiden Gesichtspunkten ist die in Rede stehende landesrechtliche Regelung möglicherweise nicht in Einklang zu bringen mit der von dem Bundesrahmengesetz für die Länder verbindlich festgelegten Grundkonzeption des Wassernutzungsrechts.

a) Grundlagen und Grenzen des Gesetzgebungsrechts der Länder

§ 3 WHG ist lediglich eine Rahmenvorschrift. [1] Daß das WHG keinen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der Länder hinsichtlich dieses Gesetzesgegenstandes enthält [2] und auf der anderen Seite die Landesgesetzgebung nicht durch Fehlen jeder bundesgesetzlichen Normierung freien Raum hat, bleibt von den drei Regelungsmöglichkeiten [3] den Ländern nur die eine: die Ausfüllung des von § 3 WHG abgesteckten Rahmens. Und zwar kann das zulässigerweise nur dadurch geschehen, daß die Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers respektiert werden. [4] Somit kommt es darauf an, durch Heranziehung und Auslegung der einschlägigen Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers den ausfüllungsfähigen Raum zu bestimmen.

- 248 -

1) Ebenso Gieseke-Wiedemann § 3 Anm.2; Sieder-Zeitler § 3 Anm.4 f.;Hundertmark, Die Rechtsstellung des Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht, S.16.
2) Vergl.ebenda die §§ 8 IV, 24 II,28 I,29 I,33 II WHG.
3) Vergl.Gieseke,die Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes durch Ländergesetze,RdWaWi 4, 29 ff.
4) So Hundertmark a.a.O.S.9;Abt.Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung,S.4;Hamann,Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art.75 Anm.II 1, Maunz,Deutsches Staatsrecht,S.189 f.;v.Mangoldt-Klein,Das Bonner Grundgesetz, Art 75 Anm.III.

b) Respektierung der Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers ?

Unter zwei Aspekten ist die Frage der Respektierung der Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers durch den baden- württembergischen und hessischen Gesetzgeber im folgenden zu prüfen. Zunächst ist die Frage der sachlichen Vergleichbarkeit der Benutzungstatbestände zu untersuchen und sodann wird zu erörtern sein, ob sich die an das Vorliegen einer Gewässerbenutzung anknüpfenden gesetzlichen Rechtsfolgen auch auf die Tatbestände der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG anwendbar sind.

aa) Vergleichbarkeit der sonstigen Gewässerbenutzungen mit denen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1, 2 HessWG

Die bisher dargestellten Benutzungen setzen eine objektiv final auf ein Gewässer gerichtete Handlung voraus, wobei die sogenannten unechten Benutzungen jeweils einen besonderen Grad abstrakter Kausalität zwischen Handlung und potentiellem Erfolg fordern. In den meisten Fällen ist diese Handlung auch noch hinsichtlich ihrer technischen Ausführungsart bestimmt. Das ist anders bei den Einwirkungen der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG. Denn das Herstellen und Betreiben der dort genannten Anlagen und das Errichten und Betreiben von Fähren sind keine von der technischen Ausführungsart her spezialisierten Handlungen, sondern i. d.R. vielgestaltige und umfassende Handlungskomplexe. Außerdem wird in diesen Vorschriften keine bestimmte wasserwirtschaftliche Auswirkung genannt. Nach dem bundesrechtlichen Benutzungsbegriff muß das Gewässer in wasserwirtschaftlicher Hinsicht in Anspruch genommen werden. Und zwar können Benutzungsgegenstand sein die

Menge des Wassers, seine örtliche Lage und die gütemäßige Beschaffenheit sowie im Falle des § 3 I Nr. 3 WHG das Gewässerbett, wenn das Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern Auswirkungen auf den Wasserabfluß oder den Zustand des Gewässers hat.

Die Handlungskomplexe der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt- und 15 I Nr. 1,2 HessWG haben häufig keine unmittelbaren wasserwirtschaftlichen Auswirkungen der oben beschriebenen Art, für bestimmte Teilhandlungen wird es überhaupt an einer Gewässereinwirkung fehlen und auf der anderen Seite werden Teilhandlungen Benutzungen i.S.d. § 3 WHG sein. Bei der Herstellung eines Stichkanals oder einer Hafenanlage außerhalb eines bestehenden Gewässerbettes haben zunächst alle in Betracht kommenden Herstellungshandlungen keine wasserwirtschaftlichen Auswirkungen auf das bestehende Gewässer. Erst die Einleitung oder Umleitung des Wassers in den Stichkanal oder das Hafenbecken ist eine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme und kann unter § 3 WHG subsumiert werden.

Soweit erscheint es bereits zweifelhaft, ob die beiden Landesgesetzgeber den durch einen vom WHG inhaltlich weitgehend bestimmten Benutzungsbegriff und durch spezialisierte Benutzungstatbestände begrenzten Regelungsrahmen eingehalten haben. Die gleichsam nur fiktiv wasserwirtschaftlich gefährlichen Einwirkungen [1] der §§ 13 I Nr. 1,2 BadWürtt-und 15 I Nr. 1,2 HessWG sind jedenfalls sachlich nicht vergleichbar mit den übrigen gesetzlichen Benutzungstatbeständen.

1) Vergl. die Begründung zu §§ 13 BadWürtt- und 15 HessWG.

bb) Anwendbarkeit der gesetzlichen Rechtsfolgen der Gewässerbenutzung auf diese Tatbestände

Was die Nr. 2 der genannten Vorschriften betrifft, so kommt ein Ausschluß des Wassernutzungsrechts überhaupt in Betracht, da es naheliegt, das Errichten und Betreiben von Fähren der Schiffahrt zuzurechnen.

Hinsichtlich der Handlungskomplexe der Nr. 1 könnte je nach Lage des Einzelfalles das Wassernutzungsrecht gem. § 3III WHG durch das Ausbaurecht verdrängt werden und für andere Fälle könnten die landesrechtlichen Vorschriften über die Genehmigung von Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern vorgehen.

Das Errichten und Betreiben von Fähren ist ein Sonderfall der Schiffahrt. Diese ist nach allen Landeswassergesetzen grundsätzlich gestattungsfrei zulässig.[1] Die Frage, ob die Schiffahrt auch vom Wassernutzungsrecht i.e.S. geregelt wird, kann nach erfolgter Konkretisierung des bundesrechtlichen Benutzungsbegriffs eindeutig beantwortet werden: Die Schiffahrt beinhaltet keine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme. Lediglich "bei Gelegenheit" der Schiffahrt kann es zu Gewässereinwirkungen mit Benutzungsqualität kommen, wenn beispielsweise Öle oder andere Stoffe in das Wasser geleitet oder sonst eingebracht werden. Aus diesem Grunde kann die Schiffahrt und damit das Errichten und Betreiben von Fähren nicht als Benutzung angesehen werden,[2] und der vom Bundesgesetzgeber abgegrenzte Regelungsrahmen gibt den Ländern keinen Raum für

1) Vergl. Ausführungen S. 16o ff.

2) BVerwG, ZfW 1966, S.13o;Gieseke, Anmerkung zu diesem Urteil a.a.O.; Abt Gewässerbenutzung und Anlagengenehmigung, S. 3.

eine entsprechende Regelung.[1] Da die Vorschriften der §§ 13 I Nr. 2 BadWürtt-und 15 I Nr. 2 HessWG somit gegen höherrangiges Bundesrecht verstoßen, sind sie gem. Art. 75 I Nr.5, 72, 31 GG verfassungswidrig.

Wenn die in den §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG genannten Handlungskomplexe Benutzungen sein sollen, dann müssen auch die Vorschriften des WHG und des betreffenden Landeswassergesetzes über die Erteilung, Rücknahme, Wirkung usf. der Erlaubnis und Bewilligung auf sie anwendbar sein.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die §§ 15 bis 17 WHG, die aus der Zeit vor Inkrafttreten der neuen Wassergesetze bestehende alte Benutzungsrechte und Benutzungsbefugnisse unter bestimmten Voraussetzungen aufrechterhalten und in den neuen Rechtszustand überleiten. Das in der Vergangenheit abgeschlossene Herstellen, Anlegen und Errichten der in Ziffer 1 genannten Anlagen -gleiches gilt im übrigen auch für das Errichten von Fähren - kann nicht als Benutzungsrecht aufrechterhalten werden, da diese Handlungen abgeschlossen sind. Dies ist nur für das Betreiben der Anlagen möglich, das als Fortdauer der Zulässigkeit der Anlagen verstanden werden muß. [2] Wenn das Betreiben der Anlagen, das z.T. gemäß § 46 Nr.2,3 PrWG von 1913 verleihungsfähig war, nur nach § 22 PrWG von 1913 genehmigt worden ist, so besteht nach Ablauf der in § 17 I WHG genannten Anmeldungsfrist nicht die Möglichkeit der Überleitung dieses Rechts, das allenfalls als eine Benutzung "in sonst zulässiger Weise; i.S.d. § 17 I WHG aufgefaßt werden kann. [3]

1) Gieseke a.a.O. S. 13; Abt a.a.O. S.6.

2) So auch Abt a.a.O. S. 4.

3) So Abt a.a.O.; Gieseke-Wiedemann § 17 Anm.6 und 7 Sievers § 17 Anm.3

Auf der anderen Seite haben auch das BadWürtt- und HessWG eine Genehmigungspflicht für Anlagen in, an oder über oberirdischen Gewässern eingeführt.[1] Diese Genehmigungspflicht besteht jedoch nur für das Errichten neuer Anlagen oder die wesentliche Änderung bestehender. Die vor Inkrafttreten der neuen Wassergesetze erteilten Anlagengenehmigungen bleiben aufrechterhalten.[2] Wenn daher eine Anlage aufgrund der Vorschriften der alten Landeswassergesetze -z.B. nach § 22 PrWG von 1913 -genehmigt worden ist, und diese Genehmigung lediglich eine Befugnis zur Gewässerbenutzung i.S.d. § 17 I WHG darstellen kann, dann gelangt man für den Fall des fruchtlosen Ablauf der Anmeldungspflicht zu folgendem Ergebnis: Der Fortbestand der Anlage ist rechtmäßig, da die erteilte Ausnahmegenehmigung aufrechterhalten wird. Das Betreiben der Anlage ist jedoch nach §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt-, 15 I Nr. 1 HessWG i. Verb.m.§ 2 WHG verboten, d.h. erlaubnis- oder bewilligungspflichtig. Da man aber nicht zwischen Fortbestand der Anlage und Betreiben derselben unterscheiden kann, ist das widersprüchliche Ergebnis unannehmbar.[3]

Es scheint vielmehr richtig zu sein, das Errichten und Betreiben bestimmter, in den genannten Vorschriften erwähnten Anlagen -z.B.Häfen und Stichkanäle- nach den Vorschriften über den Gewässerausbau zu beurteilen, und hinsichtlich der übrigen Anlagen die landesrechtlichen Vorschriften über die Anlagengenehmigung anzuwenden.

Auch diese Erörterungen zeigen, daß die Vorschriften der §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG keine Gewässerbenutzungen darstellen. Jedenfalls steht

---

1) Im einzelnen s.hierzu Ausführungen S. 144 f.
2) So Fritzsche § 96 Anm.2; Feldt § 118 Anm.1 c;Rehder § 31 Anm.9; Abt a.a.O. S.5.
3) Ebenso Abt a.a.O. S.5.

den Ländern kein Gesetzgebungsrecht für eine derartige Regelung zu, da diese Tatbestände im Widerspruch zu dem bundesrechtlich festgelegten Rechtsbegriff Gewässerbenutzung stehen und wichtige nutzungsrechtliche Vorschriften nicht auf sie anwendbar sind. Also sind die Vorschriften der §§ 13 I Nr. 1 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 HessWG gem. Art.75 Nr. 4, 72, 31 GG verfassungswidrig.

2. Verfassungswidrigkeit des § 13 I Nr. 3 BadWürttWG

Die Vorschrift ist eine Ergänzung des § 3 I Nr. 4 WHG. Nach ihr ist das Entnehmen fester Stoffe aus öffentlichen Gewässern im Gegensatz zu § 3 I Nr. 4 WHG auch dann erlaubnis- oder bewilligungspflichtig, wenn sich das nicht auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß auswirkt. Ausdrücklich verzichtet der Gesetzgeber hier auf einen wasserwirtschaftlichen Erfolg als Qualifikationsmerkmal der Maßnahme. Ein solcher wird nicht einmal fingiert. Das steht aber in klarem Widerspruch zu dem bundesrechtlich bestimmten Benutzungsbegriff, dem immer eine wasserwirtschaftlich begründete Gewässerinanspruchnahme inhärent ist. Man wird daher in dieser Regelung eine unzulässige Erweiterung des § 3 WHG sehen müssen,[1] die wegen Verstoßes gegen Art. 75 Nr. 4, 72 31 GG verfassungswidrig ist.

3. Der besondere Benutzungstatbestand der §§ 26 II, 32 b und 34 II WHG

a) Problemstellung

Der Katalog der Benutzungen in den §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG soll abschließend sein.[2] Ob das jedoch dem objektiven Gesetzeszweck des WHG entspricht, ist nicht zweifelsfrei, denn es liegt nahe, die Regelung der §§ 26 II, 32 b und 34 II WHG als einen besonderen Benutzungstatbestand aufzufassen. Und zwar könnte das Einwirkungsverbot der §§ 26, II, 32 b und 34 II WHG u.U. ebenfalls nur als ein präventives, ver-

1) Ebenso Sieder-Zeitler § 3 Anm.5;Abt.a.a.O.S.3.
2) So Gieseke, Anm. zum Urteil des BVerwG v.1o.12.1965, ZfW 1966, S.1o3;Abt. a.a.O. S.1.

fahrenstechnisches Benutzungsverbot wie das des § 2 WHG und der Tatbestand der §§ 26 II, 32 b und 34 II WHG als eine Ergänzung der sogenannten unechten Benutzungen des § 3 II Nr. 2 WHG verstanden werden. Zu dieser Frage werden in der Rechtsprechung und Literatur verschiedene Ansichten vertreten.

Im Folgenden werden nur die Tatbestände der §§ 26 II und 34 II WHG behandelt, da sie bereits Gegenstand ausführlicher Erörterungen in der Literatur waren, jedoch gelten Gründe und Ergebnis in gleichem Maße für die den Schutz der Küstengewässer anstrebende entsprechende Regelung des § 32 b WHG.

b) Bisherige Lösungsversuche

Die klarste, aber auch am wenigsten überzeugende Lösung geht darin, daß bei jeder Lagerung, Ablagerung oder Beförderung von Stoffen nach den §§ 26 II, 34 II WHG immer zuerst geprüft werden solle, ob diese Handlungen nicht unter § 3 II Nr. 2 WHG fielen.[1] Demnach besteht zwischen dem Verbot der genannten Vorschriften und dem präventiven Benutzungsverbot des § 2 WHG überhaupt kein Unterschied. Hier wird die eigentliche Problematik gar nicht erkannt.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Wernicke.[2] Er hält die §§ 26 II, 34 II WHG für leges speciales gegenüber § 3 II Nr. 2 WHG. Diese Vorschriften, so führt er aus, enthielten ein ausnahmsloses Verbot,[3] das im Verhältnis zu § 2 WHG das umfassendere sei, da es bereits bei der Besorgnis jeder Beeinträchtigung der

- 255 -

1) So Burghartz § 3 WHG Anm.8 b) und § 26 WHG Anm.1. Im Ergebnis ebenso Kirdorf, Rechts-und Vollzugsfragen bei der Abfallbeseitigung, Bericht über den IWL- Kongreß 1966 S. 2o2

2) Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 1963 S. 281.

3) Ebenso Abt Wasserrecht und Abwasserverregnung ZfW 1965 S. 27.

Wasserbeschaffenheit eingreife, während § 3 II Nr. 2 WHG sich nur mit dauernden Schäden (und den nicht unerheblichen) befasse und im Gegensatz zu § 26 II WHG eine nachteilige Veränderung des Wasserabflusses unberücksichtigt lasse. Wenn also eine Handlung nach §§ 26 II, 34 II WHG verboten sei, dann könne sie nicht nach § 3 II Nr. 2 (und § 2) WHG erlaubt oder bewilligt werden, wohingegen die Lagerung, Ablagerung (und Beförderung) gar nicht erlaubt oder bewilligt zu werden brauche, wenn sie nach §§ 26 II, 34 II WHG gestattet sei.

Salzwedel [1] argumentiert folgendermaßen : Die Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG seien stets abstrakttypisch gefährlich. Das werde bei Lagerungen, Ablagerungen oder Rohrleitungen nicht unterstellt, sei vielmehr nur dann anzunehmen, wenn die Stoffe allgemein löslich und für die Wasserwirtschaft bedrohlich seien. Der wesentliche Unterschied liege somit darin, daß die Wasserbehörde im Falle des § 3 II Nr. 2 WHG immer und bei §§ 26 II, 34 II WHG nur dann das "Prüfungsmonopol " (des § 2 WHG) habe, wenn die Stoffe allgemein löslich und für die Wasserwirtschaft bedrohlich seien, also auch hier eine abstrakt - typisch gefährliche Maßnahme vorliege. In den übrigen Fällen der §§ 26 II, 34 II WHG müsse der einzelne Bürger selbstverantwortlich prüfen, ob eine Verunreinigung des Wassers zu besorgen sei. Daraus ergebe sich nun eine Unterscheidung der Vorschriften, da eine Maßnahme nach den §§ 26 II, 34 II WHG verboten sein könne, die nicht abstrakt - typisch gefährlich sei, während es andererseits möglich sei, daß eine unter § 3 II Nr. 2 WHG fallende Maßnahme im Einzelfall keine konkrete Gefahr darstelle.

Obwohl Salzwedel a.a.O. nicht ausdrücklich das Fazit seiner Überlegungen zu dem Verhältnis des § 3 II Nr. 2 WHG zu den §§ 26 II, 34 II WHG zieht, ergibt sich

- 256 -

1) Wasserrecht und polizeiliche Generalklausel,WaWi Heft 13 S. 38 f.

aus seinen Ausführungen eindeutig, daß er das Verbot der §§ 26 II, 34 II WHG nicht als ein absolutes auffaßt.

c) Eigener Lösungsvorschlag

Eine Würdigung dieser Ansichten und der Versuch eines eigenen Lösungsvorschlags hat von der Frage auszugehen : Enthalten die §§ 26 II, 34 II WHG ein a b s o l u t e s und damit m a t e r i e l l e s Einwirkungsverbot ? Das Argument der Spezialität dieser Vorschriften vermag nicht ohne weiteres zu überzeugen, denn es bleibt ja auch die Möglichkeit einer Ergänzung der §§ 3 II Nr. 2 und 2 WHG, die verneint werden müßte, ehe man eine ausschließende Gesetzeskonkurrenz unter dem Gesichtspunkt der Spezialität annehmen könnte.

aa) Vergleich des § 3 II Nr. 2 mit den §§ 26 II, 34 II WHG

Der subjektive Gesetzeswille und die Entstehungsgeschichte der Vorschriften fallen als Auslegungshilfen weg, da die Gesetzesmotive zu dem Verhältnis der §§ 26 II, 34 II WHG zu § 3 II Nr. 2 WHG nichts sagen.[1] Auch der Wortlaut der Vorschriften als solcher und ihre Stellung im Gesetz können nichts beitragen.

Die Offenlegung des objektiven Gesetzeszwecks hat damit zu beginnen, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der in Rede stehenden Normen aufzuzeigen. Zunächst mag auf die jeweilige Tatbestandsstruktur eingegangen werden.

---

1) Vergl. Amt.Begründung BT-Drucksache 2o72 S.22 und S. 32 und 35. Außerdem schriftlicher Bericht des Sonderausschusses BT- Drucksache 3556 S.9, S.14 und S.15.

Der Tatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG ist oben hinlänglich erörtert worden.[1] Die §§ 26 und 34 II WHG enthalten im Gegensatz zu § 3 II Nr. 2 WHG eine nach technisch- äußeren Merkmalen beschriebene Handlung : Lagern, Ablagern und Befördern in Rohrleitungen. Weiter konkretisiert werden die Handlungen durch den möglichen wasserwirtschaftlichen Erfolg, der schädlichen Veränderung der Beschaffenheit des Wassers im Sinne einer Minderung der Gebrauchs t a u g l i c h k ei t - gleichgültig welchen Ausmaßes. Wenn § 26 II WHG darüber hinaus auch noch die nachteilige Veränderung des Wasserabflusses nennt, so kann insofern keine Ergänzung des § 3 II Nr. 2 WHG oder eines anderen Benutzungstatbestandes vorliegen und das diesbezügliche Einwirkungsverbot muß demnach als ein absolutes aufgefaßt werden, da Benutzungsgegenstand des § 3 II Nr. 2 WHG lediglich das Wasser in seiner jeweiligen qualitativen Beschaffenheit ist.

Bedeutsam ist das Verhältnis zwischen Handlung und Auswirkung auf das Wasser, das mit dem Begriff "nicht zu besorgen" (§§ 26 Abs. 2 und 34 Abs. 2 WHG), umschrieben wird. § 3 II Nr. 2 WHG fordert ein besonderes Maß an Adäquanz, nämlich abstrakt- typische Gefährlichkeit. Aus der Tatsache, daß es in §§ 26 II, 34 II WHG nicht wie in § 3 II Nr. 2 WHG heißt "...geeignet sind, " wird gefolgert,[2] das Merkmal "nicht zu besorgen ist" sei keine besondere Umschreibung des ordnungsrechtlichen Gefahrensbegriffs, sondern ein Begriff sui generis. Es dürfe kein Anlaß zu der Sorge bestehen, daß das Wasser ver - unreinigt werde. Dies verlange von den für die Wasserwirtschaft Verantwortlichen ein Abwägen aller besorgniserregenden Umstände, wobei, wie die Formulierung"nicht zu besorgen ist"zeige," eine gewisse Wahrscheinlichkeit.

- 258 -

1) Siehe S. 131 f und 212 ff.
2) So OVG Münster ZfW 1963 S.377 f.Zustimmend Gieseke, Uneinheitlichkeit des Rechts bei der Bekämpfung der Ölverschmutzung, ZfW 1964 S.221 (1o9.Kolloquium.)

geradezu ausgeräumt sein müsse." [1]

Bei § 3 II Nr. 2 WHG ist die Gefahr des Schadenseintritts daher "näher" (abstrakt-typisch) und "größer" (dauernder oder nicht unerheblicher Schaden) als bei den §§ 26 II, 34 II WHG. Nur durch die feststehende technische Ausführungsart sind die Handlungen der §§ 26 II, 34 II WHG im Einzelfall bestimmter als die Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG. Trotzdem sind die Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG nur aus verfahrenstechnischen Gründen nach § 2 WHG verboten und somit grundsätzlich erlaubnisfähig, während jede absolut und materiell verboten sein sollen. Schon hier bietet sich eine auf einem a maiore ad minus-Schluß gestützte Auslegung des Inhalts an, daß auch für die Handlungen der §§ 26 II, 34 II WHG nur das präventive Benutzungsverbot des § 2 WHG und nicht ein absolutes Einwirkungsverbot gelten kann.

bb) Verschiedenheit der Verbote der §§ 26 I, 34 I und 26 II, 34 II WHG

Aufschlußreich kann ein Vergleich der Abs. I der §§ 26, 34 WHG mit ihrem Abs.II sein. Die echten Benutzungen des § 3 I Nr. 4 (Einbringen von Stoffen in oberirdische Gewässer) und des § 3 I Nr. 5 WHG können mit dem in § 26 I WHG genannten Zweck oder der möglichen Wirkung des § 34 I WHG nicht erlaubt oder bewilligt werden. Das ist ein materielles und absolutes Benutzungsverbot. Wegen der notwendig objektiv auf ein Gewässer gerichteten, unmittelbaren Einwirkung muß man dieses Verbot nach vorheriger Anerkennung der wasserwirtschaftlichen Wertentscheidungen des WHG- besonderer Schutz des Wasserabflusses und der Reinheit des Wassers- als gerechtfertigt ansehen. Die Art der Einwirkung und damit verbunden das Ausmaß der Gefährdung

1) So BVerwG in ZfW 1965 S.115 f.mit zustimmender Anmerkung von Czychowski ebenda.

der Reinheit des Wassers iat ber in den Handlungen der §§ 26 II, 34 II WHG weniger intensiv und nah. Die Gefahr ist sogar (Ausgenommen sind nur die Fälle, daß eine nachteilige Veränderung des Wasserabflusses zu besorgen ist) abstrakter und weniger gewichtig als bei den Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG. Aus diesen Gründen sind die Tatbestände der Abs. I und II der §§ 26, 34 WHG nicht so rechtsähnlich, daß die hierin enthaltenen Benutzungsverbote gleichartig sein müssen. Vielmehr ergibt sich auch aus der vergleichenden Gegenüberstellung dieser Gefährdungstatbestände, daß die Handlungen der §§ 26 II, 34 II WHG nicht absolut und materiell verboten sein sollen.

cc) Lagern, Ablagern und Befördern als besonderer Benutzungstatbestand

Die §§ 26 II, 34 II WHG stellen demnach eine erweiternde Ergänzung der §§ 3 II Nr. 2 und 2 WHG dar. Das Lagern, Ablagern und Beförderung ist nur im Rahmen des § 2 WHG verboten. Der Benutzungstatbestand des § 3 II Nr. 2 WHG umfaßt diese Handlungen, gleichgültig, ob sie abstrakt- typisch gefährlich sind, oder ob nur die Besorgnis einer schädlichen Veränderung der Wasserbeschaffenheit irgendeines Ausmaßes besteht. Ist die Gefährlichkeit nicht einmal abstrakt adäquat kausal, dann wird es dem Benutzer häufig nicht leicht fallen, die Relevanz seiner Handlung in dem hier dargestellten Sinne zu beurteilen. Aber auch in diesen Fällen hat -wie Salzwedel a.a.O. es ausdrückt-" jeder einzelne Bürger nach §§ 26 II, 34 II WHG für den Nichteintritt von Störungen im Einzelfall die Verantwortung selbst zu tragen." [1)]

1) Im Ergebnis ebenso, aber ohne überzeugende Begründung Otto Hofmann,Bestimmungen über den Schutz des Grundwassers gegen Verunreinigung durch die Ablagerung von Müll, Schutt,Abfallstoffen und dergleichen, GWF 1962 S. 57o.

Fortsetzung der Anm. auf der nächsten Seite.

Wenn also bei den Handlungen der §§ 26 II, 34 II WHG für eine im Verhältnis zu § 3 II Nr. 2 WHG nach Art und Maß geringere Gefahr für die Reinheit des Wassers gehaftet wird, so stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Ausdehnung des verfahrenstechnischen Benutzungsverbots des § 2 WHG in diesen Fällen. Zunächst ist daran zu erinnern, daß diese Besonderheit nicht einzigartig ist. Denn bei den regelmäßig auch nur mittelbaren Gewässereinwirkungen der §§ 13 I Nr. 1,2 Bad-Württ-und 15 I Nr. 1,2 HessWG ist der Gesetzgeber -allerdings unzulässigerweise- sogar noch weiter gegangen indem er sie dem Verbot des § 2 WHG unterstellte, ohne daß auf einen b e s t i m m t e n potentiellen Handlungserfolg und ein Kausalverhältnis zwischen Handlung und potentiellem Erfolg abgestellt worden ist. Eine so allgemeine, abstrakte Gefährlichkeit für die Wasserwirtschaft und speziell die Reinheit des Wassers ist dem Lagern, Ablagern und Befördern von Stoffen nicht eigen. Auf der anderen Seite sind diese Maßnahmen aus dem von der technischen Ausführungsart her unbegrenzten Kreis der Maßnahmen des § 3 II Nr. 2 WHG wenn nicht typischerweise, so doch häufig ganz besondere Gefahrenquellen für die Wasserwirtschaft, wie insbesondere die kommunalen und gewerblichen Müllablagerungen zeigen. Es erscheint daher durchaus sachgerecht, daß der Gesetzgeber für diese Handlungen die Verbotsvoraussetzungen der §§ 3 II Nr. 2 und 2 WHG zu Ungunsten des Benutzers erweitert hat.[1] Das wird durch die praktischen Erfahrungen unterstrichen.[2]

- 261 -

Fortsetzung der Anm. von S.259)
Auch Abt.Das Wasserhaushaltsgesetz und die Ablagerung von Müll,KommW 1962 S.146,ist der Ansicht, diese Maßnahmen könnten u.U. den Tatbestand des § 3 II Nr. 2 WHG erfüllen. Sie geht an dieser Stelle nicht näher auf das Verhältnis der Verbote des § 2 WHG und der §§ 26 II, 34 II WHG ein.
Vergl. aber die dem hier vertretenen Ergebnis entgegenstehende Ansicht der Autorin in ZfW 1965 S.27.Im Ergebnis wie hier auch Keune,die rechtliche Situation der Ablagerung und Beseitigung von gewerblichen Abfällen, DVBl 1962 S.94.

1) Ebenso Zeitler,Die Bedeutung der Besorgnis der Gewässerschädigung für wasserwirtschaftlich relevante Vorhaben,ZfW 1971,66 f.

2) Hierfür sprechen die eklatanten Fälle von Giftmüllablagerungen in Westfalen und Hessen,die in jüngster Zeit bekannt wurden.

Eine andere Frage ist es, ob der Gesetzgeber zu Recht den ungestörten Wasserabfluß höher bewertet hat als die Reinheit des Wassers, denn nach § 26 II WHG sind das Lagern, Ablagern und Beförderung materiell und ausnahmslos verboten, wenn hierdurch eine nachteilige Veränderung des Wasserabflusses zu besorgen ist. Die Entscheidung des Bundesgesetzgebers ist jedoch eindeutig: Eine mittelbare Einwirkung auf oberirdische Gewässer wird nach § 3 II Nr. 2 WHG nur dann als Benutzung behandelt, wenn die Beschaffenheit des Wassers gefährdet wird. Gefährdet sie aber den Wasserabfluß, so ist sie nach § 26 II WHG verboten und nicht erlaubnisfähig, da sie keinen Benutzungstatbestand erfüllt.

Man wird nicht sagen können, daß der Gesetzgeber sich mit dieser Entscheidung in Widerspruch zu anderen wasserwirtschaftlichen Wertentscheidungen, die in der Konstruktion der einzelnen Benutzungstatbestände zum Ausdruck kommen, gesetzt hat. Es ist nämlich keineswegs unsachlich, wenn er die Gefährdung eines ordnungsgemäßen Wasserabflusses durch Anlagen oder Ablagerungen als so gewichtig ansieht, daß sie materiell und absolut verboten sein soll. Denn aus der Störung des Wasserabflusses ergeben sich regelmäßig nicht nur wasserwirtschaftliche, sondern auch Gefahren polizeirechtlicher Natur, deren Berücksichtigung in einem wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren nicht ausreichend wäre.

II. Vorschläge zur gesetzlichen Novellierung der Benutzungsregelung

1. Klare Begrenzung des Verbotsraumes des § 2 WHG

Der Kreis der nach § 2 WHG verbotenen Gewässereinwirkungen wird durch die bundes-und landesrechtlichen Benutzungstatbestände bestimmt. Entsprechend den oben gewonnenen Erkenntnissen müssen daher zunächst die als verfassungswidrig erkannten Vorschriften der §§ 13 I Nr. 1,2 und 3 BadWürtt- und 15 I Nr. 1 und 2 HessWG durch Ändereungsgesetze ersatzlos aufgehoben werden. Daneben besteht die Möglichkeit, daß das Bundesverfassungsgericht in dem in Art. 1oo I GG, §§ 8o ff BVGG vorgesehenen Verfahren die Nichtigkeit dieser Vorschriften ausspricht.

Auf der anderen Seite ist das in den §§ 26 II, 32 b und 34 II WHG beschriebene Lagern, Ablagern und Befördern von Stoffen in Rohrleitungen, die eine Verunreinigung des Wassers oder eine sonstige nachteilige Veränderung seiner Eigenschaften besorgen lassen, durch Änderung und Ergänzung des WHG ausdrücklich als eine nach § 2 WHG verbotene Gewässereinwirkung zu bezeichnen.

2. Die "Unmittelbarkeit" der sogenannten echten Benutzungen

Eine Erweiterung des Benutzungskatalogs ergibt sich aus der modifizierten Behandlung des Merkmals der Unmittelbarkeit der sogenannten echten Benutzungen. Es erscheint angezeigt, diese Frage nicht der unsicheren, weil uneinheitlichen Interpretation durch Rechtsprechung und Rechtslehre zu überlassen, sondern sie

gesetzlich zu regeln. Das einschränkende Moment der zu fordernden Voraussehbarkeit bestimmter Auswirkungen läßt sich am ehesten mit dem Merkmal "wenn zu erwarten ist" umschreiben.

Bezugspunkt des Merkmals " wenn zu erwarten ist" kann nur der jeweilige wasserwirtschaftliche Erfolg der einzelnen echten Benutzung sein. Das ist die mengenmäßige Inanspruchnahme des Wassers eines oberirdischen Gewässers oder des Grundwassers oder die Veränderung der örtlichen Lage des Wassers.

Damit werden auch diejenigen Maßnahmen von dem Verbot des § 2 WHG erfaßt, die zwar nicht durch eine bestimmte technische Ausführungsart gekennzeichnet sind- Entnehmen, Ableiten, Einleiten usf.-, aber den gleichen wasserwirtschaftlichen Erfolg herbeiführen. Die notwendige Begrenzung der Maßnahmen ergibt sich daraus, daß ihre Auswirkungen auf das Gewässer als nach Art und Maß im wesentlichen bestimmt erwartet werden können.

Unberücksichtigt bleiben kann hier die echte Benutzung des § 3 I Nr. 3 WHG, die wohl immer unmittelbar, d.h. ohne vermittelnde Zwischenursache ausgeübt wird.

Von dem in die gesetzliche Regelung zu übernehmenden Grundsatz, daß die sogenannten echten Benutzungen auch durch andere Maßnahmen, als die in § 3 I WHG aufgeführten technischen Ausführungshandlungen ausgeübt werden können, ist jedoch eine Ausnahme zu machen : Nach § 3 I Nr. 5 WHG ist das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser eine sogenannte echte Benutzung. Das Grundwasser wird hier unmittelbar -ohne Zwischenursache- mengenmäßig in Anspruch genommen. Der neue, ergänzende Benutzungstatbestand würde demnach auch eine nach Art und Maß im wesentlichen vorhersehbare Vermehrung der Substanz des Grundwassers erfassen. Diese

Maßnahmen präventiv zu verbieten ist jedoch unter den hier ausschließlich legitimen wasserwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt. Denn das durch menschliche Handlungen veranlaßte Eindringen von Wasser oder anderen flüssigen Stoffen in den Boden und das Grundwasser ist nur unter dem Gesichtspunkt der qualitativen Beschaffenheitsveränderung - nicht aber der Substanzvermehrung -abstrakt wasserwirtschaftlich gefährlich. Das aber wird durch andere Benutzungstatbestände, nämlich den unten vorgeschlagenen § 3 b WHG, erfaßt.

3. Sonstige Änderungen der Benutzungsregelung

Nicht angezeigt ist es, die anderen ungeschriebenen Merkmale des Benutzungsbegriffs in die gesetzliche Regelung zu übernehmen; denn es kann nicht Aufgabe des Gesetzes sein, sich selbst zu kommentieren. Lediglich das Merkmal der Einwirkungsschwere und - dauer sollte wie bei § 3 II Nr. 2 WHG bei allen Benutzungstatbeständen, die den Schutz der Reinheit des Wassers zum Gegenstand haben, ausdrücklich genannt werden. Im übrigen gilt der Satz : minima non curat praetor.

Die Vorschriften des § 15 I Nr. 4,5 BadWürttWG sind auch in das WHG zu übernehmen, da sie sich genau in das System der Benutzungsverbote einordnen und dieses vervollkommen.

Soweit es ohne stilistisch-redaktionelle Schwierigkeiten möglich ist, sind die einzelnen Benutzungen gestaffelt nach dem Grad der abstrakten wasserwirtschaftlichen Gefährlichkeit der Einwirkungen aufzuführen.

4. Entwurf neuer Benutzungstatbestände

§ 3
Benutzungen

1) Benutzungen im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern,
2. Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern,
3. Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern, soweit dies auf den Zustand des Gewässers oder auf den Wasserabfluß einwirkt,
4. Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer,
5. Einbringen und Einleiten von Stoffen in Küstengewässer wenn diese Stoffe
   a) von Land aus oder aus Anlagen, die in Küstengewässern nicht nur vorübergehend errichtet oder festgemacht worden sind, eingebracht oder eingeleitet werden oder
   b) in Küstengewässer verbracht worden sind, um sich ihrer dort zu entledigen,
6. Einleiten von Stoffen in das Grundwasser,
7. Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser.

§ 3 a

Einwirkungen auf die Menge und die
örtliche Lage des Wassers

Als Benutzungen gelten auch folgende Einwirkungen :

1. Maßnahmen, durch die eine nach Art und Maß im wesentlichen bestimmte
   a) mengenmäßige Einwirkung[1] auf das Wasser eines oberirdischen Gewässers oder
   b) die Veränderung der örtlichen Lage des Wassers eines oberirdischen Gewässers

   zu erwarten ist.

- 266 -

1) Durch die Verwendung des Begriffs "Einwirkung" soll klargestellt sein, daß sowohl die zu erwartende Vermehrung wie Verminderung des Wassers als Benutzung zu behandeln ist.

Im Gegensatz hierzu meint der Begriff "Inanspruchnahme" nur die Verminderung des Wassers.

2. Maßnahmen, durch die eine nach Art und Maß im wesentlichen bestimmte

   a) mengenmäßige Inanspruchnahme des Grundwassers[1)] oder

   b) Veränderung der örtlichen Lage des Grundwassers

   zu erwarten ist.

§ 3 b

Gütemäßig erhebliche Einwirkungen

Als Benutzungen gelten auch folgende Einwirkungen :

1. Das Lagern und Ablagern von Stoffen und die Beförderung von Flüssigkeiten oder Gasen durch Rohrleitungen, die eine dauernde oder nicht unerhebliche schädliche Veränderung der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers (nachteilige Beschaffenheitsveränderung) besorgen lassen.
2. Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser und anderen Stoffen, welche zu einer nachteiligen Beschaffenheitsveränderung des Grundwassers i.S. der Nr. 1 führen können. Ausgenommen ist die landwirtschaftliche Düngung im üblichen Umfang.
3. Maßnahmen, die geeignet sind, zu einer nachteiligen Beschaffenheitsveränderung des Wassers i.S. der Nr. 1 zu führen.

1) Wie Anm. 1 auf S. 265.

§ 3 c

Einwirkungen auf die örtliche Lage des Grundwassers

Als Benutzungen gelten auch folgende Einwirkungen :

1. Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser durch Anlagen, die hierzu bestimmt oder hierfür geeignet sind,
2. Arbeiten, die geeignet sind, zu einer nicht nur vorübergehenden oder geringfügigen Freilegung von Grundwasser zu führen.

§ 3 d

Ausschluß des Wassernutzungsrechts

Keine Benutzungen sind die Schiffahrt und die Maßnahmen, die der Unterhaltung oder dem Ausbau eines oberirdischen Gewässers dienen.

Teil IV: Zusammenfassung

1. Gesässer und Gewässerbenutzung sind zwei sich wechselseitig, konstitutiv ergänzende Zweckbegriffe, die daher nur jeweils zusammen gedeutet werden können.

2. Der Rechtsbegriff Gewässer ist verschieden vom naturwissenschaftlichen Gewässerbegriff. Seine wichtigsten, ungeschriebenen, konstitutiven Merkmale sind :
   a) der Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserhaushalt,
   b) die Lenkunsfähigkeit oder die Möglichkeit der Einwirkungskontrolle,
   c) die Gemeingebrauchstauglichkeit im Sinne einer so bestimmten technischen Einwirkungsmöglichkeit,
   d) die Wasseransammlung kann nicht zugleich gemeindliche Einrichtung sein.

3. Daneben wird der Rechtsbegriff Gewässer wesentlich bestimmt durch die spezifisch nutzungsrechtliche Komponente des neuen öffentlich-rechtlichen Wasserrechts. So ist insbesondere für die örtliche Abgrenzung des oberirdischen Gewässers die gesetzliche Benutzungsregelung der §§ 3 WHG, 13 BadWürtt- und 15 HessWG entscheidender Ansatzpunkt. Denn in dieser gesetzlichen Regelung und dem ihr zugrundeliegenden objektiven Gesetzeszweck der Ordnung der Einwirkungen auf Gewässer wird das rechtlich anerkannte Schutzbedürfnis des Gewässers offenbar.

4. Vornehmlich mit Rücksicht auf das Wassernutzungsrecht haben die Landeswassergesetze die vom WHG vorgenommene Unterteilung der Gewässer in ober- und unterirdische hinsichtlich der ersteren Gruppe weiter differenziert. Sie unterscheiden zwischen

natürlichen und künstlichen, fließenden und stehenden Gewässern und führen - mit Ausnahme der Stadtstaaten- drei Gewässerordnungen ein.

5. Oberirdische Gewässer können durch Naturvorgänge oder menschliche Handlungen entstehen, untergehen und ihre Eigenschaft sowie ihre örtliche Erstrekkung ändern; denn ausschlaggebend ist immer nur,ob sie der abstrakten, gesetzlichen Widmung unterfallen oder nicht.

   Durch Rechtsakt kann die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf das Gewässer begründet -Gräben und andere kleine Gewässer i.S.d.§§ 1 LWGe- und die umfängliche Ausdehnung des Gewässers verändert - Uferlinienfestsetzung - und die Gewässereigenschaft aufgehoben werden- Einbeziehung in ein gemeindliches Kanalisationssystem-.

6. Die neuen Wassergesetze enthalten neben dem Wassernutzungsrecht i.e.S. ein besonderes wasserrechtliches Ordnungsrecht. Die unerläßliche, klare Trennung beider Rechtsbereiche erfordert neben einer Auslegung der geschriebenen Benutzungsregelung eine tiefergehende Analyse des Benutzungsbegriffs.

7. Das Wort "Benutzung" bezeichnet ein transitives Geschehen. Der bezogene Gegenstand ist das Gewässer. Diese in der Wortbedeutung enthaltene Transitivität ist eine Auslegungshilfe, die zugleich im weiteren Verlauf der Untersuchung eine außerhalb ihrer selbst liegende Bestätigung findet.

8. Nur durch menschliches Handeln als positives Tun kann ein Gewässer benutzt werden. Das gilt auch für die Gewässerbenutzung mittels Anlagen. Ein Unterlassen im strengen Wortsinne ist niemals eine Gewässerbenutzung.

9. Bei der echten Benutzung muß das Handeln nach seiner äußeren, objektiven Beschaffenheit auf Inanspruchnahme eines bestimmten Gewässerbestandteils gerichtet sein.

Neben der Darstellung der in Betracht kommenden Benutzungsgegenstände war das konstitutive Begriffsmerkmal der objektiven Zielrichtung der Handlung zu begründen und auszufüllen. Bedient sich der Benutzer besonderer Anlagen, so wird die "objektive Finalität" regelmäßig zu bejahen sein. Im übrigen kommt es darauf an, ob die Einwirkung der tatbestandsmäßigen, technischen Ausführungsart entspricht und eine Gewässerinanspruchnahme beinhaltet.

1o. Die echte Benutzung setzt grundsätzlich eine unmittelbare, durch keine Zwischenursache vermittelte Gewässereinwirkung voraus. Hinsichtlich des Grades der erforderlichen Unmittelbarkeit ist auf einen sachkundigen Benutzer (=Wasserbehörde) abzustellen -Adäquanz der Einwirkung. Konnte dieser das Auftreten und Wirksamwerden der Zwischenursache i.S.e. wesentlichen Veränderung der Auswirkungen der Handlung n i c h t vorhersehen, so ist seine Handlung als echte Benutzung zu bewerten, wenn sich diese allein von dem potentiellen Benutzer verursachte Auswirkung a posteriori feststellen läßt. Konnte er hingegen die wesentliche Veränderung des weiteren Kausalverlaufs seiner Handlung durch eine Zwischenursache vorhersehen, so liegt keine echte Benutzung vor.

11. Ein wirksamer Schutz des Wasserhaushalts ist nur möglich, wenn auch mittelbare Gewässereinwirkungen von dem präventiven, verfahrenstechnischen Benutzungsverbot des § 2 WHG erfaßt werden. Dem Gesetzgeber standen drei Anknüpfungspunkte, die in einer sachlichen Abhängigkeit zueinander stehen, zur

Verfügung: eine Handlung -ein potentieller Handlungserfolg- eine Kausalitätsbeziehung zwischen beiden. Abgestuft nach dem Grad der wasserwirtschaftlichen Gefährlichkeit der Einwirkung die von der Bestimmtheit der Handlung und der Wertigkeit des geschützten Rechtsgutes abhängt, ist auch der Grad der Kausalitätsbeziehung verschieden. Im Ergebnis ergibt die mit wechselnden Größen arbeitende Gleichung: Handlung + potentieller Erfolg + Kausalitätsbeziehung einen Benutzungstatbestand, der hinsichtlich seiner relativen Schutzwirkung konstant ist.

12. Außer in den Fällen der §§ 3 II Nr. 2 WHG und 13 I Nr. 4 BadWürttWG für die insoweit eine Sonderregelung besteht, kommt dem Merkmal der Einwirkungsschwere und -dauer für die echten und unechten Benutzungen keine große praktische Bedeutung zu. Im Einzelfall ist vielmehr auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz: minima non curat praetor, zurückzugreifen. Theoretisch lassen sich diejenigen Gewässereinwirkungen aus dem Kreis der Benutzungen ausscheiden, die nicht einmal von der für Gemeingebrauchshandlungen erforderlichen Schwere sind.

13. Mit dem von der Benutzungsregelung verfolgten Zweck ist es grundsätzlich nicht vereinbar, subjektive Elemente dafür entscheidend sein zu lassen, ob eine Benutzung vorliegt oder nicht. Nur ein negatives Tatbestandsmerkmal subjektiver Art enthalten die Benutzungsvorschriften: Der Handelnde darf nicht objektiv taugliche Unterhaltungs- oder Ausbaumaßnahmen vornehmen w o l l e n.

14. Für das Verhältnis der einzelnen Benutzungstatbestände zueinander ist u.a.wesentlich,daß eine Handlung, die den Tatbestand mehrerer Benutzungsvorschriften erfüllt, als "wasserwirtschaftliches Unternehmen" unter Berücksichtigung von Art, Maß,

Zweck und ggf. Plan der Benutzung zu verstehen ist. Dieses "wasserwirtschaftliche Unternehmen" bedarf der Erlaubnis oder Bewilligung.

15. Als Ergebnis der Untersuchungen des Benutzungsbegriffs in seiner Abgrenzung zu den nutzungsrechtlich nicht erheblichen Gewässereinwirkungen war der Verbotsraum des § 2 WHG neu zu bestimmen. Dem dient der abschließende Entwurf zur gesetzlichen Neuregelung der Benutzungstatbestände.

L e b e n s l a u f.

Am 5.1.1940 bin ich in Telgte i.W. als Sohn des Arbeiters Heinrich Rolf und seiner Ehefrau Leopoldine geboren.

Nach Ablegung der Reifeprüfung am 12.3.1960 am Aufbaugymnasium Warendorf studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster und der Freien Universität zu Berlin Rechtswissenschaft.

Am 11.4.1964 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Die Referendarausbildung im Bezirk des Oberlandesgerichts Köln beschloss ich mit der am 2.2.1968 vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen abgelegten zweiten juristischen Staatsprüfung.

Seit dem 13.3.1968 bin ich als Rechtsanwalt in Köln tätig.